

الكتب القانونية

قانون السكّالمة الإسلام

د. محمد طه محمد طه

دكتور

محمد طه القنمي

دكتوراه في الفقه من جامعة القاهرة
دكتوراه الفلسفة من جامعة لندن
أستاذ القانون الدولي العام جامعة الإسكندرية
مستشار بالأمر المحمدي
محام لدى محكمة النقض

الناشر: **المستشار** جلال حنفي وشركاه
بالاسكندرية

جلال حنفي وشركاه

قانون النسيب

الإسلام

دراسة مقارنة

دكتور

محمد طلعت القنمى

دكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة
دكتوراه الفلسفة من جامعة لندن
أستاذ القانون الدولي العام، جامعة الإسكندرية
مستشار بالأمن المتحدة
محام لدى محكمة النقض

الناشر // مكتبة دار الفكر بالإسكندرية

جلال حزى وشركاه

بسم الله الرحمن الرحيم

اهداء

إلى المقام النبوي الشريف
وقد حدث صاحبه بأن : « العلماء هم ورثة الأنبياء » .

	الموضوع
٣٦ — ١٣	خطبة الكتاب
	الباب الأول
٣٧	في مدخل إلى الدراسة
	الفصل الأول :
٣٩	في السلام والإسلام
	(مقدمة — الجهاد نظرية الإسلام في الحرب القديمة — خيول لله مرسلة :
٦٢ — ٣٩	الحرب في حق لديه شريعة — يهدون بالحق وبه يعدلون) .
	الفصل الثاني :
	في التنظيم الدولي الراهن لدار الإسلام (الفقه التقليدي — العالم
٦٧ — ٦٣	داران : إسلام وحرب — الفقه التقليدي : نقد وتعليق) .
	أ — مبحث تمهيدى : في المؤتمرات (كلمة تمهيدية —
	المؤتمرات الإسلامية فيما بين الحربين العالميتين : مؤتمرات
٧٦ — ٧٦	القمة — مؤتمرات وزراء الخارجية)
	ب — المبحث الأول : في المنظمات الدولية الإسلامية
	الحكومية : (المؤتمر الإسلامي — جامعة إسلامية لنشر
٨٨ — ٧٦	الدعوة في ربوع أفريقيا) .
	ج — المبحث الثاني : في المنظمات غير الحكومية : (رابطة
	العالم الإسلامي — الأمانة العامة للمجلس الاقتصادي
	للمساجد — مجلس مجمع الفقه الإسلامي — الندوة
	العالمية للشباب الإسلامي — جمعية الدعوة
	الإسلامية — مؤتمر العالم الإسلامي — الهيئة الخيرية
٩٢ — ٨٨	الإسلامية العالمية) .

الفصل الثالث :

في التعريف بقانون الاسلام الاسلامى وجوهر القاعدة القانونية

الإسلامية .

- ١ - تعريف القانون الدولى الإسلامى . ٩٣ - ١٠٥
- ٢ - جوهر القاعدة القانونية الإسلامية . ١٠٥ - ١١٢

الفصل الرابع :

في أصول قانون الإسلام الإسلامى

- أ - (مبحث تمهيدى : كلمة أولية : تحديد وتعريف) ١١٣ - ١١٥
- ب - المبحث الأول : في مصادر قانون السلام : ١٢٦

(تحديد معنى المصطلحات - القرآن والسنة مصدران

- متعادلان من حيث الحجية) ١١٦ - ١١٩
- ج - المبحث الثانى : في مصادر قانون السلام الإسلامى . ١٢٠
- ١ - الفرع الأول : فى القرآن الكريم ١٢٠

(القرآن كمقننة قانونية - النسخ فى القرآن

الكريم - الإنشاء والترغ - فذلكة - تصنيف

الأحكام) . ١٢٠ - ١٣٩

٢ - الفرع الثانى : فى الحديث (السنة) ١٤٠

(الحديث كنص فى الأحكام - حجية

الحديث - اجتهاد الرسول) ١٤٠ - ١٤٩

٣ - فرع ملحق : فى الإجماع

(تعريف وتحديد - نظرة مؤيدى الإجماع تأييداً

مطلقاً - نظرة منكرى الإجماع - نظرة من

توسط فلم ينكر كلية ولم يثبت كلية - رأى

الخاص) . ١٥٠ - ١٦١

الصفحة	
١٦٢	د — المبحث الثالث : في أدلة قانون السلام الإسلامي
١٦٢ — ١٧٢	١ — فرع تمهيدى : (تعداد الأدلة — المبادئ العامة — صور الاجتهاد — عود على بدء) .
١٧٣	٢ — الفرع الأول : في الاجتهاد الفقهي (الاجتهاد : كلمة عامة — شروط الاجتهاد — المجتهدون المنتسبون ، المجتهدون في المذهب ، المجتهدون المرجحون — إغلاق باب الاجتهاد — تدوين الفقه الاجتهادى — صورة خاصة من الاجتهاد : اجتهاد الصحابة) .
١٩١ — ١٧٣	٣ — الفرع الثانى : في الاجتهاد القضائى : القضاء فى الإسلام .
١٩٣	(تعريف وتحديد — القضاء — دليل — على الاحكام — شروط قوى القضاء — اختصاص سلطة القاضى — محكمة العدل الإسلامية الدولية — التحكيم فى النظرية الإسلامية — استطراد : الخيل فى الفقه الإسلامى) .
٢٢٤ — ١٩٣	٤ — الفرع الثالث : فى العرف (تعريف وتحديد — أقسام العرف — حجية العرف — العرف ليس دليلا أصليا — أحكام العرف — أركان العرف — العرف فى العلاقات الدولية — استطراد : الأصل فى الأشياء) .
٢٢٥	
٢٤٧ — ٢٢٥	

الصفحة	أصول الفقه وضوابط الاجتهاد في الفقه الروماني — الفقه الروماني والفقه الإسلامي : رأي مختص — ثم ماذا ؟)
٢٨١ - ٢٨٣	المبحث الرابع :
٢٨٣ - ٢٨٤	في طرائق الاستنباط ، التفسير (
٢٨٥	عهد)
	١ — الفرع الأول : في القياس
	(تعريف وتحديد — مسائل الملة — أنواع القياس — حجية القياس) .
٢٨٥ - ٢٩١	٢ — الفرع الثاني : في الاستحسان
٢٩٢	(تحديد وتعريف — أقسام الاستحسان) .
٢٩٢ - ٢٩٤	٣ — الفرع الثالث : في المصالح المرسلة (الاستصلاح)
٢٩٥	(تحديد وتعريف — حجية المصالح المرسلة) .
٢٩٥ - ٢٩٧	٤ — الفرع الرابع : في الذرائع
٢٩٨	(تحديد وتعريف — حجية الذرائع)
٢٩٨ - ٣٠٠	٥ — الفرع الخامس : في الاستصحاب
٣٠١	(تحديد وتعريف — أنواع الاستصحاب — حجية الاستصحاب) .
٣٠١ - ٣٠٦	استطراد : علاقة الضرورة بضوابط الاستنباط
٣٠٦ - ٣٠٨	

الباب الثاني

في العلاقات الدولية الإسلامية

٣٠٩

الفصل الأول :

في أشخاص القانون الدولي

٣١٠

٣١١

١ — المبحث الأول — في الشخصية القانونية :

(الشخص القانوني في النظرية المعاصرة — الشخصية

٣١١ - ٣١٨

المعنوية والنظرية الإسلامية) .

الصفحة	
٣١٩	٢ — المبحث الثاني : في مدرك الدولة في النظرية الإسلامية
٣٢١ — ٣٢٢	(تصدير) .
٣٢٢	٣ — الفرع الأول : في عناصر الدولة في النظرية الإسلامية
	(دهليز إلى البحث — العنصر المادي : الإقليم —
	العنصر القانوني : السلطة : سيادة أم حاكمية — العنصر
	الاجتماعي : الشعب . من يتكون شعب دولة
٣٦٣ — ٣٢٢	الإسلامية — الاعتراف والإقرار) .
٣٦٤	ب — الفرع الثاني : في الحقوق الدولية
	(الحق لغة واصطلاحاً — الحقوق الأساسية — القانون
	الإنساني والقانون الإنساني في المفهوم الإسلامي —
	الحقوق الأساسية للدولة : حق البقاء ، حق المساواة —
	الحقوق والحريات الأساسية للأفراد والجماعات ، القانون
	الإنساني) ، قتال أهل الردة ، قتال أهل البغى
	والخوارج — القانون الإنساني : حقوق الإنسان —
	حقوق الأقليات : نظرية الذمة : تحديد وتعريف ، سنة
	الرسول تنصير ، بعد الرسول : الخلافة الراشدة ، إمام
	عقد الذمة ، اختفاء نظام الذمة — رأي الخاص :
	مواطنون متساوون — وثيقة حقوق الإنسان في
٤٥٥ — ٣٦٤	الإسلام .

الفصل الثاني :

٤٥٧

في الاجتهاد السلطاني (المعاهدات)

(المعاهدات لغة وفقها — معاهدات العرب في حالياتهم —
معاهدات العرب في إسلامهم — هل الأمان معاهدة ؟ طبيعة
المعاهدات — الاختصاص بإبرام المعاهدات — شروط إبرام
المعاهدات : الشروط الشكلية ، الشروط الموضوعية — مدة
المعاهدة — عدم مخالفة المعاهدة لعد النظام العام

الإسلامي — الرهائن — التحفظات على المعاهدة — القوة
الملزمة للمعاهدة بالنسبة لأطرافها — تنقيح المعاهدة — تغير
الأوضاع — القوة الملزمة للمعاهدة بالنسبة لغير أطرافها —
انقضاء المعاهدة — فذلكة — تقويم الدور الذي تؤديه المعاهدة
في العلاقات الدولية)

٤٥٧ — ٥٧١

المبحث الثالث :

٥٧٣ في نظام الحضرتين (النظام الدبلوماسي) والنظام القنصلي
٥٧٣ المبحث الأول :

في نظام الحضرتين (النظام الدبلوماسي)

(تعريف وتحديد — رجعة إلى الوراء — تطور نظام الحضرتين
في النحلة الإسلامية — السفارة في الإسلام : ضرورة أم
خيار ؟ — الأساس الفلسفي لنظام الحضرتين — مراتب ممثلي
الحضرتين — تعيين واستقبال ممثلي الحضرتين — من هم
أصحاب الحصانات والامتيازات — نطاق الحصانات
والامتيازات — الحصانة الشخصية — الحصانة المدنية
والإدارية — الحصانة الجنائية — الحصانة العينية — الامتيازات
المالية — أمد حصانة الحضرتين — قطع تبادل تمثيل
الحضرتين — قطع العلاقات الدبلوماسية — استطراد : الوفادة
الخاصة) .

٥٧٣ — ٦٣٣

المبحث الثاني :

٦٣٥

في النظام القنصلي .

٦٣٥ — ٦٤٦

ر تمهيد — النظام القنصلي في النظرية الإسلامية) .

الفصل الرابع :

٦٤٧

في الضمان والاستخلاف الدولي

٦٤٧

المبحث الأول : في الضمان (المستعاليه)

(عجالة عن المسؤولية في الفقه الوضع . المسؤولية الخطأية ،

الصفحة	المسئولية الموضوعية . لفعل غير المتروك . بصرية المخاطر ، الضمان في النظرية الإسلامية : عرض عام — أسباب الضمان — أقسام العمان — الفرق بين ضمان العقد وضمان الفعل : ضمان العقد « المسئولية العقدية » — ضمان الفعل « المسئولية التقصيرية » — فذلكة — استطراد — خاتمة : مقارنة خاطفة) .
٦٤٧ — ٦٧١	المبحث الثاني : في الاستخلاف الدولي
٦٧١	(تعريف وتحديد : النظرية المعاصرة — الاستخلاف الدولي في النظرية الإسلامية) .
٦٧١ — ٦٧٥	الباب الثالث
٦٧٧	في الأموال الدولية
٦٧٩	الفصل الأول : في الأنهار الدولية (تمهيد وتحديد — مقدمة — النهر الدولي في النظرية الإسلامية — النظام القانوني للأنهار الدولية : بالنسبة للملاحة ، الاستخدامات الاقتصادية الأخرى غير الملاحة — صورة خاصة لاستخدام الأنهار الدولية : الأنهار الخفورة) فرع ملحوظ : في المياه الجوفية في الآبار والعيون (تمهيد وتحديد — ماذا يقول المسلمون)
٦٧٩ — ٦٩٨	الفصل الثاني :
٦٩٨	في أحكام البحر
٧١٠	مبحث تمهيدى : في أفكار عامة (البحر في لغة العصر — البحر في النظرية الإسلامية — تعريف وتحديد — أقسام البحر في النظرية الإسلامية)
٧١٠ — ٧٢٠	المبحث الأول . في البحر الحريم (الساحلى)
٧٢١	

- (تعريف وتحديد — امتداد البحر المحريم — طبيعة حق الدول على البحر المحريم — سلطات المرور في البحر المحريم — حق المرور البريء ، اختصاص الدولة حيال السفن الأجنبية في البحر المحريم — الملاحة الحثيثة أو المتواصلة) .
- ٧٣٩ — ٧٢١
- ٧٣٩
- المبحث الثاني : في المنطقة الحجاز (المنطقة المتاخمة)
- (المنطقة المتاخمة في النظرية المعاصرة — المنطقة الحجاز في النظرية الإسلامية) .
- ٧٤١ — ٧٣٩
- ٧٤١
- المبحث الثالث : في البحر موقوف (منطقة اقتصادية)
- (دهليز إلى البحث — حقوق الدول في المنطقة الاقتصادية : النظرة الغربية — حقوق الدول في البحر الوقف : النظرية الإسلامية) .
- ٧٥١ — ٧٤١
- ٧٥١
- المبحث الرابع : في الإفريز لقارى : (التحجير)
- (الإفريز القارى في المفهوم المعاصر — الإفريز القارى في المفهوم الإسلامى) .
- ٧٥٧ — ٧٥١
- ٧٥٧
- المبحث الخامس : في الترواة والموارد البحرية في المنطقة الاقتصادية والإفريز لقارى (تمهيد)
- الفرع الأول : الترواة البحرية الحية
- ٧٥٨
- (مفهوم الثروة الحية في النظرية المعاصرة والنظرية الإسلامية — حق الدولة في الثروة البحرية في النظريتين المعاصرة والإسلامية — حفظ الموارد الحية — الانتفاع بالموارد الحية — الأرصد — الأنواع الكثيرة الانحلال — الثدييات البحرية — الأنواع البحرية الهريئة السراء — الأنواع النهرية البحرية السراء — القيود المتصلة بحقوق — تعيد قوانين وأنظمة الدولة الساحلية) .
- ٧٧٠ — ٧٥٨
- ٧٧٠
- الفرع الثاني : في الموارد بحرية غير الحية
- (مفهوم الموارد غير الحية : نظرية المعاصرة . مفهوم الموارد

٧٧٩ — ٧٧٠	غير الحية في النظرية الإسلامية — حكم الموارد غير الحية في النظرية المعاصرة — حكم الموارد غير الحية في النظرية الإسلامية — الموارد البحرية السائلة : النظرية المعاصرة — النظرية الإسلامية (
٧٨٠	المبحث السابع : في التراث المشترك (إقطاع استغلال المعادن)
٧٨٩ — ٧٨٠	(التراث المشترك في الفكر المعاصر : كلمة عاجلة — قطاع استغلال المعادن في النظرية الإسلامية)
٧٨٩	المبحث السادس : في الأوقيانوس أو البحر المحيط (البحر العالي)
٨١ — ٧٨٩	(عجالة في أحكام البحر العالي في النظرية المعاصرة : تعريف وتحديد — البحر الأوقيانوس في النظرية الإسلامية : تعريف وتحديد : حرية الصيد — حق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش — القرصنة)
٨١٣	الفصل الثالث : في قانون الفضاء
٨٢٩ — ٨١٢	(تعريف وتحديد : الفضاء الجوي والفضاء الكوني في النظرية المعاصرة — الأحكام الخاصة بالطائرات في النظرية الدولية المعاصرة — حطف الطائرات : الغرب — خطف الطائرات : الإسلام — النشاط اللاسلكي في الفضاء — القمر والكواكب الأخرى — كلمة في الفضاء الكوني — الفضاء الجوي والكوني في النظرية الإسلامية)
٨٣١	باب ملحق . في تلوث البيئة
٨٤٢ — ٨٣١	١ دهلير إلى البحث . التلوث في النظرية المعاصرة — البيئة والتبؤ في النظرية الإسلامية — حكم التلوث في النظرية الإسلامية : الماء ، الهواء ، النبات والحيوان — صورة خاصة من التلوث : مطر السوء (الحامضي) .

خطبة الكتاب

الحمد لله بكرة وعشياً ، جهرة ونجياً ، عسى ألا أكون بدعاء ربي شقيماً .
والصلاة والسلام على من تحلى بالخلق العظيم وبعت بأنه روءوف رحيم وبعث
بالحق وصراط مستقيم . أما بعد :

فإن قضايا المصير الإسلامي اليوم متعددة وملحة وتدور كلها حول غاية
واحدة هي إعادة هذه الأمة إلى دينها القويم لنجد في رحابه عزتها العابرة
ومجدها الغارب . وتبرز من بين هذه القضايا قضية ذات بال تتغيا إحياء قانون
السلام واستنقاذه مما رآه عليه من ضعف واستعجام . وتلك لعمر الحق قضية
خطيرة وبالاهتمام جديرة لأنها تمس وحدة الأمة الإسلامية وتمحور حولها
العلاقات الدولية ، وتواهد تاريخنا على ذلك جليلة . ولذا فإن استقصاءها
والدفاع عنها أمر تفرضه العقيدة ويزكيه الإيمان . وأغلب الضع عندى أن هذا
الاجتهاد هو الآن فرض عين على كل قادر لندرة الباحثين وقلة الدارسين فما
أحوجنا إليه بعد أن لبث المسلمون تحت نير الاستعمار أحقاباً وكانت دارهم
للمعتدى مآباً يستلب ثرواتها برداً وشراباً ثم شاء الله أن يفيض لدار الإسلام
مفازاً جزاءً منه عطاءً حساباً . وكان لابد أن تواكب هذه الصحوة
الميمونة جهود مخلصه تزيل ماران على الجبين وتكشف زيف المنافقين وتثبت
بالقول الثابت خطي المؤمنين .

وليس عجباً أن يقطب الفكر الغربى جبينه عندما يطرق سمعه تعبير « قانون
السلام الإسلامى » لأن من بين ائمتهم من ينكر وجوده أصلاً . فهذا أحد
سرايهم — ارثر نساوم — يصف القانون الإسلامى فى العلاقات الدولية
بالشح والغموض ولايستثنى من ذلك إلا بعض مظاهر الحرب (راجع
Nausbaum, Arthur- A Concise History of the Law of Nations, New York,
(4 p. 1965 .

ثم إن جهود أولئك الذين عموا بتفهمهم من المحدثين إنما تتسم بالعجز والتواكل لأنهم منشغولون في ترميت تتاليات فقه تقليدي تدفعهم إلى ذلك دعوة إلى قفل باب الاجتهاد . واحق أن فقهاء اللاهوت التقليديين رفضوا الإقرار بتعايش سلمى بين دولة الإسلام وعبرها من الدول غير الإسلامية واعتبروا أن الجهاد هو ركيزة الإسلام لاحتواء دار المخالفين ونشر أحكام الدين فضيّقوا بذلك من مفهوم القانون الدولى الإسلامى وأغفلوا عالمية قصيته . وإذن فقانون الإسلام الإسلامى لا يواكب القانون المعاصر نطاقاً واتساعاً ، ومادام أن الحضارة الإسلامية قد دالت أيامها فإن القانون الإسلامى أصبح بين خيارين : أن يبرزى فلا يملك خطاباً أو أن يساير موكب الجماعة الدولية تابعاً عاباً .

والحق أن الفقه التقليدى - الذى تبلورت أفكاره في القرن الثانى الهجرى وبعد - سيطر على الحياة الفكرية فى بلادنا بمفاهيم انزوى بعضها عن الواقع ولم يتصل بما مر جوار . فبرز مثلاً خمس لوجيات العالم الإسلامى تحت إمامة واحدة واعتبر أن الشريعة تنق لعضو الطاعة وسير على غير طريق الجماعة ، يقول ذلك وقت أن كانت إمامة الأندلس تعاصر إمامة بغداد والإمامتان تكتبان في تاريخ الإسلام صفحات زاهية بأقلام من نور . ويتركنا هذا الفقه في حيرة أى الأمامين هو الذى سلك غير سبيل المؤمنين . ويتصل بذلك تقسيم العالم إلى دارين : إسلام وحرب . ويتجاهل أن العلاقات الإسلامية الدولية عرفت مع تبلور الفقه التقليدى نشاطاً مشتركاً حكمت فيه الدولة الإسلامية معاهدة مع بيزنطة جزيرة قبرص لفترة غير قصيرة .

ويقول أيضاً إن معاهدة المسلمين مع المخالفين يجب ألا تتجاوز أحلاً محدوداً استناداً إلى الأحل الذى ضربه الرسول لمعاهدة الحديبية ولا يأخذ في الاعتبار أن معاهدة الحديبية كانت هدنة بين الإسلام والكفر وأن هدنة كهذه ما كان لها أن تبرم إلا لأحل محدود بل ومحدود جداً ومن ثم فهي مقيس لا يقاس عليه ، ولانسى أن بنى امية أبرموا معاهدات مع بيزنطة لأحل غير محدود ولكن ظروف ذلك لم تؤخذ بعين الاعتبار الكافى من قبل . قال والتينيد .

وكان موقف الفقه التقليدي من أهل الكتاب — أو الدمييين كما أسماهم — على غير ما يستفاد من السوات في عهد الرسول والخلافة الراشدة . وإن كانت هناك فوارق جريئة فذلك أمر طبيعي لأن حقوق الإنسان قد تختلف في بعض التفاصيل بين فئة وفئة سعيًا لتنظيم أفضل ولكن تبقى الإنسانية هي الإنسانية ويفتخرون منها الرسول موقف التبجيل والاحترام لأنها نفحة من روح الله سحبت لما الملائكة . وحرى بالذكر أن بني قينقاع وقفوا إلى جانب الرسول في معركة خيبر وأن قبائل تغلب وتنوح وبكر — وكلها قبائل مسيحية — أملت مع المسلمين بلاء حسنًا في حروبهم وصررت فروسيتهما في غزو فارس . ومن أهل الكتاب من تولى الوظائف العامة في عهد الخلافة الراشدة مثل أبي زيد المذر في عهد عمر ، وحاكم خراسان في عهد علي بن أبي طالب . وليس أهل الكتاب بجس لأن طعامهم ولباسهم حل لنا . ويطول لي المقام لو أني أردت الإفاضة في الكلام ، ومعالجة ذلك في الحقيقة هو لب هذا البحث وجوهر هذه الدراسة .

إن هذه الهوة بين النظر والواقع تعود في أغلب الظن إلى طبيعة فكر الأوائل الذين أرسوا أسس الفقه التقليدي فهم لا هوтийون يغلب على حدسهم منطق العبادات أكثر منه حكمة المعاملات . وقد نسي الناس في خضم هذه العنصرية الفقهية أن رقعة الإسلام تجاوزت حدود الفتوحات بمساحات ومساحات والفضل في ذلك يرجع إلى الأسرة الحسنة التي ضربها التجار المسلمون لشعوب تلك المناطق فكانت القدوة التي حثهم على اعتناق الدين الحنيف .

إنني لا أبغى من وراء قولي هذا أن اتهم الفقه التقليدي الذي أقر بأنه نموذج عبقرى للفكر القانوني ولا أن أقلل من شأن أصحابه وهم جهابذة أفذاذ ، وإنما رغبت في أن أوضح في عجالة تؤكد هذه الرسالة أن ماسبق من نظريات فقهية لا يعلو على الجدل ولا يتسامى دون التعليق فالعصمة لله وحده . وحرام علينا أن نضفى على رأى بشر قدسية أو أن نقر له بديمومة الصلاحية التي هي خصيصة للشرعية الغراء وحدها .

وطبيعى أن متأثر نظره المرء إلى قانون السلام بنظرته الأعم إلى النظرية الإسلامية ككل . ويقول وات — وهو بذلك إنما يردد اتهام الكثرين — إن هناك اتهاماً للإسلام بأنه دين الجمود والتخلف ، ويعلل ذلك الادعاء بأن الإسلام عاش قروناً عدوة لدودة من المسيحية حتى أن الغرب أسمى محمداً باسم Mahound ، وهو لقب يطلق على أمير الظلام ، وسبب الإسلام إلى نبيه فسماه (الشريعة المحمدية) وذلك لحفظ مرفوض نهج فيه العرب نهجه في مسميات الشرائع الأخرى كالمسيحية إذ قرنوا بالسيد المسيح والموسوية نسبة إلى موسى عليه السلام ، ولكن الإسلام ليس شريعة إنسان بل شريعة الخالق الديان .

ومن هنا كان لابد لمن يتعرض لتحييت قانون السلام الإسلامى من أن ينحلى بالموضوعية ويتدرع باستهداف الحقيقة — ولما كانت فلسفة الإسلام تقوم على أن الناس « أعلم بشئون ديارهم » فإنه ليس عتصوّر أن يتناقض الإسلام مع الرقى الحضارى إذا عينا بالحضارة السمر الروحية والتماء التقافى والتقدم المادى .

ولما كان امراً نديها أن يبدأ الساحت فى القانون الدولى بمسح البنية السياسية التى تتركز تحت فى مدارجها مدركات الجماعة الدولية عبر التروى فإنه لمن البتة يأتى من المرض أن يستهل دراستنا للتأني الدولى الإسلامى بنظرة تاريخية فى الربع الدولى للجزيرة العربية وتنتأر. أشرى عليها نور الإسلام . لقد كانت الجزيرة العربية قماً بدولتين كبيرتين هما بئرنة سردا وفارس شرقاً — كفتى ميزان القوى آشد — وكانت للمنافسة بينهما معتقاتها فى الجزيرة العربية . ويمكن أن نقول إن الجزيرة العربية كانت تنقسم عهدئذ إلى قسمين سياسيين : المحميات ، والأقاليم المستقلة . أما المحميات فكانت دويلات تحميها الدولتان العظيمان ، اللخميون فى ححر فارس والعساسنة فى حجر الروم وكندة وسط الجزيرة فى ولاء لتبع اليمن فى الحوب . وقد زالت كندة على يد اللخمين تم انتصر الغساسنة على اللخمين . أما اليمن فظلت فى صراع مع الحجار إلى أن اسلم أميرها سنة ٦٢٨ م .

وظل باقى الجزيرة بدوا تستقل كل قبيلة منهم عن الاخرى فلا تجمعهم إلا إرادتهم الحرة فى حلف من الأحلاف كالمساعدة أو المساندة . وهى تقابل معاهدات الصداقة والدفاع المشترك حالياً . ولعل أشهر أحلاف الحاهلية كان حلف الفضول الذى أبرم فى شباب الرسول لحماية حرية التجارة فى مكة . كذلك عرف العرب فى جاهليتهم نظاماً متقدماً للتحكيم أغلب قضائه من الكهان لتسوية ماقد يثور بينهم من مازعات ، ومثله المشهور الاحتكام إلى الرسول عند خلاف قريش حول رفع حجر الكعبة . كما عرفوا مراسم للوفود التى تبعث فى المناسبات الكبرى . بيد إن هذه المظاهر السلمية لم تكن هى الغالبة فقد استبدت بهم — إلى جانبها — عصبية قبلية تجعل من لا قبيلة له طريداً للقانون وتشعل بينهم ثارات لامتداداً أضمرت حروباً متواترة سميت بأيام العرب . ومنطقى — فى تنظيم كهذا — ألا يخلف العرب قابولاً للسلام بالمعنى الذى نفهمه فى هذه الأيام . وإن تعجب فعجب أن تقوم الفرقة فى قوم بينهم من الوثائج فى العرق واللغة والعادات ماكان حرياً بأن يجمعهم فى وحدة واحدة ولكن شركهم فشل فى أن يستجيب لمطالباتهم الروحية وعمت وثنتهم بصيرة الروح القومية فعمت الفوضى علاقاتهم وسيطرت الأثرة والإحـن على سلوكهم . غير أن زمرة من ذوى الأبواب لفظت قلوبهم تلك الروابط الخائرة والحياة المتنافرة وحييت إلى نفوسهم مفاهيم غامضة تدور حول وحدانية الله ، وهؤلاء هم من أطلق عليهم الحنفاء . وهكذا كان المسرح معداً لظهور مصلح عظيم ورائد كريم ينتشل العرب من وهدتهم ويحقق لهم وحدتهم . ولم يكن ذلك سوى الرسول الأمين . « هو الذى بعث فى الأمين رسولاً منهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة وإن كانوا من قبل لفى ضلال مبين » : (الجمعة / ٢) .

لقد اختار الله الجزيرة العربية مهبطاً لوحيه تأكيداً لحكمة كبرى ذلك أن مهمة القانون — كما هو معلوم — هى مقابلة حاجات المجتمع لإصلاح مثالبه وإنجار رعائبه فما بال الأمر لو أن القانون كان تنزيلاً من الرحمن . والعارف

بواقع المجتمع العربي الخاضع يعلم أنه محتسب نمطى فى عيونه نموذجى فى مثالبه
معنى أنه يعتبر حقلاً مثالياً لاحتبار مدى نجاح انقانون فى إصلاح مجتمع
مهيار — يحتاج إلى علاج جذرى وتعير أساسى . ولا يملك جاحد أن يكر أن
الشريعة العراء قد نجحت نجاحاً باهراً فى تشكيل المجتمع الإسلامى على عرار
تصرف به الأمثال وتقصر دون مدحه المعلقة الطوان . وهكذا أثبت الإسلام
منذ بانورة أيامه وبدايات تاريخه أنه عروة الأمن الدولى الوثقى وروسيحة السلم
العالمى الكبرى فقد بدل السحواء تكاملاً وحل من البعضاء تناصراً وصهر
العصية القبلىة فى أخوة ديدة رائعة « لو أنفتت مافى الأرض جميعاً ماألفت بين
قلوبهم ولكن الله ألفت بينهم » (الأنفال / ٦٣) . وما عرف التاريخ سابقة أو
لاحقة لتلك الظاهرة العبقريّة التى استطاعت فى سنوات معدودات أن تعجز
مافشت الفرون فى تحقيقه .

وظيسى فى دراسة كهذه أن تطرح العلاقة بين القانون الإسلامى والقانون
المعاصر ذاتها على الباحث . ورب قائل يقول: إن القانون الإسلامى يمثل حضارة
تختلف فى جذورها عن حضارة العصر وتبعاً فإن لكل من النظامين طريقه
وسلكه فيما قطان متنافران لا يجتمعان ولا يرتفعان والتلاقى بينهما يكاد
يكون صرباً من إخال وإذن فحقن بين أن تتبع هذا النظام أو تتبع ذلك وليس
بين الفرضين تصور وسط . بل إن البعض قد يتغال فينكر وجود قانون السلام
الإسلامى اصلاً على نحو ماأبى بعد قليل .

ولكى لست من انصار هذه المألغة الموعلة فى العاد تم إن الفلسفة
الخصارية لقانون اسلام الدولى لا تختلف مبرماتها عندى كثيراً بين حضارة
وحضارة لأن فكرة السلام من حيث هى إما تنبثق عن بواعث متقاربة وتدور
فى أطر متشابهة ولذا فإمها تبدى دائماً فى مناح يكاد يتكرر مع الأيام ومواقع
لاتبلى مع الزمان .

فلا غرو إذن أن نلمح بين النظامين — الإسلامى والمعاصر — أواصر
تتشابه بل وقد تتكامل وأن نلحظ وشائج يمكن أن تتواكب أو تتساطر . إنى

لا أعنى بذلك أن النظامين ينيحسان من نبع واحد ولكنى أعنى أن فلسفة السلام — أيا كانت تطبيقاتها — إنما تتمنطق بمنطق عقلى واحد — يتغيا رفاة الجماعة الدولية عن طريق توطيد العلاقات الودية وتأكيد الروابط السلمية فهو يجعل من احترام الموائيق والوفاء بالعهد قاعدة الأساس فى البناء القانونى ويضمن حدا أدنى من الأمن لمن يعيشون فى ظله . ومن هذا المنطق تنبت الأصول وإن تباعدت الفروع وتستقيم السيقان وإن تعاربت الثمار ، صواب وغير صواب ولكنها تسقى بماء واحد . ولا يجهلى أحد على قولى هذا فيزعم أنى أرى أن احكام قانون السلام فى الإسلام نقل عن احكام قانون السلام فى الوضع المعاصر ، فمعاذ الله أن استنبط قانون الكمال من قانون الإقلال ولكنى أقول إن الفكر الإنسانى يستوعب فلسفة السلام على مدى الأزمان بنهج واحد ، غير أنه وإن كانت بداية الدرب واحدة إلا أن قانون السلام قد يسلك فى عصر ما درباً تتفق بعض علاماته مع درب العصور السالفة وتختلف فى البعض الآخر . وهذا هو حال قانون السلام الإسلامى ذلك أن الله فى شريعة الإسلام يدعو إلى دار السلام وكذا الأمر فى القانون المعاصر كما أن العهد مشمول فى النظرية الإسلامية والملتزم عبد التزامه فى الوضعية القانونية ، أما كيف يكون السلام وما حدود الالتزام فإن تفاصيل ذلك فى النظامين الإسلامى والمعاصر — قد يتوافق وقد تتباين ، وفى الحالين يجب أن نذكر أن للإسلام سبقاً تاريخياً ينفى عن مبادئه أن تكون نمطاً قد قيس على أنماط لاحقة أو تصوراً تأثر بتصورات تالية .

ويتقعر البعض فيصمون دراسة القانون الدولى الإسلامى بأنها مجرد دراسة فى التاريخ بعد أن غابت شمس الحضارة الإسلامية وأصبحت انجادة رسمياً من الماضى ومن ثم فإنهم لا يأملون أن تثمر تلك الدراسة جدوى ذات بال فى مجال الدراسات الفقهية الدولية . وإنى أسائل هؤلاء القوم عن جدوى دراسة تاريخ القانون الزمنى ، ولم يقرؤ بأهميتها عندما ينبشون مثلاً فى أطلال القانون الرومانى ويشيخون بأفكارهم عندما يتصل الأمر بالقانون الإسلامى . ثم إن

وصف الأحكام الإسلامية بأنها تاريخ قد يدرج على الوقائع ولكنه لا يطبق على الأفكار والسوانح تاريخ ولكن النظرية ماض وحاضر ومستقبل وسائل هؤلاء هل تاريخ ذلك الذي تقوم حجته إلى يوم الدين وترتفع أنوبته حقيقته على العالمين " إن النظرية الإسلامية حية مابقي المسلمون دائبة مادامت مواقع النجوم . ليس لها زمان ولا مكان فهي في كل زمان ومكان " بنا نحن برلمان الذكر وإنا له حافظون " (المجلد ٩ /) . ومع ذلك فليس عرياً أن يبادئنا معانق باستعمار عن الحدود من دراسة قانون السلام الإسلامي . وأعلب الطرق أن سائل هذا السؤال هم من يرون أن القانون الدولي الإسلامي قانون فئة مغلبة على أمرها وليس لها في الحماية الدولية من انكسار ما يؤهلها لأن تعرض من نظرياتها أو تدعم مناهيها . وأحق أن هذه النظرية تعد اليوم نظرية متحللة تعمير عن أن تراكب عصرها أو تسير رماها . لقد كانت مثل هذا القول بحاجة إلى أن كان للاستعمار بطشه وللقوة رخمها أما اليوم وبعد أن فتحت أبواب الحضارة الدولية على مصراعيها لعصرية الدول النامية وأصبحت هي الحالة العددية في الأمم المتحدة وشدت مصالح الدول الكبرى تمساح تلك الدول العصرية فإننا لا نستطيع أن نأخذ هذا القول على علاته ولا أن نقبله بهانه .

إن يرد أن الدول حديثة الاستقلال إلى مثل هذه العالانات الدولية كان له أثره البالغ على تطور القانون الدولي العام الذي ظل يحتفظ إلى يومنا هذا ماضي بطابع عربي يعود إلى نشأته الأولى وبيئته التي ترعرع في حماها . إن انتاح البادئ الدولي على الدول النامية ضم إلى ذنب البادئ دولاً لا تجمعها حصار مشتركة ولا تلمها أفكار موحدة ولا تحويها مصالح متماثلة ومن هنا كان صراع المصالح بين الدول النامية والدول الرابضة صراعاً أشد وأكث وحلقاتها أعمق وأشرى .

إن التنظيم القانوني الذي يوائم مصالح الدول المستوردة لرأس المال والخبرات مثلاً قد يختلف اختلافاً جذرياً عن التنظيم القانوني الذي يوائم مصالح الدول

المصدرة لرأس المال والخبرة . ولذا نجد أن الدول النامية تتمسك بمدى المساواة في المعاملة في شأن الترميماتها حيال الأحاب والملكية الأحسية في معنى أن الدولة لا تلتزم قبل الأحاب المقيمين على إقليسها بأكثر مما تلتزم به حيال رعاياها ، في حين أن الدول الأوروبية تدافع عن فكرة الحد الأدنى من الحقوق للأحسى الذى يجب على الدولة ألا تتدنى عنه في معاملتها للأجسى بعض النظر عن المعاملة التى يلقاها مواضوها .

وإن يقتصر استقاق بين الدول النامية والدول الراية على تفسير وتطبيق القانون الدولى بل امتد إلى المبادئ العامة والأفكار الأساسية من حيث أن تلك المبادئ والأفكار — التى جهزت لتقابل حاجات أوروبية حالية — أصبحت تضيق عن مقابلة الحاجات العالمية شرقيا وعربيا . ولذا نجد أن كثيراً من المبادئ الأساسية التى سب عليها القانون الدولى الحديث والتى بنيت مستقرة طوال قرون راحت تهتر وتهوى في العقود الأخيرة إما استجابة لأفكار مذهبية وإما تأثراً بمصالح الدول النامية .

ولما كانت الدول الإسلامية — ولو أنها كلها نامية — تضم قرابة سدس سكان المعمورة وتتشارك مع غيرها بمصالح العالم أجمع فلا بد أن تكون قادرة على أن حباب تمادئها الإسلامية العبقرية ومباحها القابولية الفذة بصمات تستحث تطوير القانون الدولى العام المعاصر لاسيما إذا ذكرنا أن المبادئ العامة التى تقرها الدول المتنامية تعد — حسب صريح نص المادة / ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية — دليلاً من الأدلة الرئيسة على القانون الدولى العام . وتسهد كثير من المؤتمرات الدولية والمعاهدات الحساعية على صدق ما أقول ، وأخبر مثلاً لذلك بالملحقين (الدين أرمأ في حيف سنة ١٩٧٦/١٩٧٧) ، لتطوير أحكام القانون الدولى الإنسانى التى تصممتها وفاقا حيف سنة ١٩٥٤ فقد تبدت فيها لمسات الإنسانية الإسلامية وبررت اتجاهاتها العقيمة . ويقرل استاذى البروفسور حوسور في مقدمة حطها لكتاب سبق أن ألقته عن القانون الدولى الإسلامى إن فقهاء الغرب

تقاعسوا عن بذل ما كان يجب عليهم أن يبذلوه من جهد للتعرف على أحكام القانون الإسلامى على الرغم من أن م ٩ من نظام محكمة العدل الدولية تفرض على الجهارين (مجلس الأمن والجمعية العمومية للأمم المتحدة) أن يراعى في اختيار القضاة تمثيل النظم القانونية الرئيسة في الحضارة المعاصرة . ولعل البعض قد بدأ يتسبه إلى تلك الحقيقة إذ يجد أن لجنة القانون الدولي تحرص في صياغتها لأحكام القانون الدولي على أن تستفتى — بقدر ما من التوفيق — أهم النظم القانونية المعاصرة . ولعل الدور المحدود الذى تؤديه النظرية الإسلامية في حلبة القانون الدولي المعاصر حتى الآن يرجع إلى أن تلك النظرية هي بدورها في حاجة إلى استيصال وبلورة حتى تصبح صالحة لأن تُطرح في المجالات الدولية وتغدو قادرة على غزو العقول القانونية فإن هي بقيت خافية كما هي الآن كان ذلك فرضاً عليها بالتخلف والتقاعس ، ومن هنا تبدو أهمية البحث الذى تتغياه هذه الدراسة .

والحق أن الدور التكميلي بين النظامين دور متبادل فكما أن قانون السلام الإسلامى يمكن أن يسد ثغرات قانون السلام المعاصر ، فإن قانون السلام المعاصر يمكن — عند عدم وجود حكم مخالف في النظرية الإسلامية — أن يعد من الأعراف المكملة للقانون الإسلامى الدولي . بيد أن دور القانون الإسلامى — في هذا التكامل — أوسع من دور القانون المعاصر ، ذلك أن القانون الإسلامى معدل ومبدل ومكمل ، أما دور القانون المعاصر فدور مكمل فحسب بمعنى أن القانون الإسلامى يمكن أن يعدل من أحكام القانون المعاصر بل وأن يقدم بدائل لأحكام عفت وأفكار تخلفت ، كما أنه يملأ فراغات ذلك القانون . أما القانون المعاصر فله دوره تكميلي فحسب ومشروط بآلا يخالف حكماً أو نصاً إسلامياً . ومن ثم فإن تطلب رفع علم على السفينة أثناء إبحارها يمكن مثلاً أن يكون حكماً من أحكام قانون السلام الإسلامى لأنه يكمل الأحكام البحرية في مسألة لا تعارض تلك الأحكام أو النصوص . وتبعاً فلا ضير على من يناقش النظرية الإسلامية في قانون البحار من أن يتبنى حكماً

كهدا ضمن قواعد قانون البحار الإسلامى . وقد يكون فى مفهوم إشارة بعض الآيات الكريمة تعزيز لهذا رأى كقوله تعالى « والملك تجرى فى البحر بما ينفع الناس » (البقرة / ١٦٤) لأن تطلب ربح العلم هر من قبيل تأمين الرحلة البحرية وتبعاً تأمين حصول الناس على ماينشعهم .

أما دعوة الأفكار فذات اتجاهات ثلاثة : فهناك فريق ينكر قانون السلام الإسلامى كنظام قانونى متكامل وإن اعترف بأن فيه بعض القواعد التى تصلح لحكم العلاقات الدولية ، وذلك الادعاء الغربى — الذى يخاريه قلة من الفقهاء العرب — يصدر عن نظرة قاصرة لأحكام الشريعة الغراء ، ويتأثر بواقع عارض لما عليه الفقه الإسلامى المعاصر . ولعل دراستنا هذه تكون رتفا فقهيا يضع أصحاب هذا رأى على جادة الصواب ويفتح لهم أفاق ماقصرت عند مداركهم وعاب .

وهناك فئة تقول إن القانون الدولى الإسلامى قانون حرب ولايعرف السلام وهى تشير بذلك إلى أن علاقة دار الإسلام بدار الحرب تقوم أصلاً ودواماً على القتال وليس فيها متسع للسلام ، ولهذا الفئة عدرها مما تقرأه فى كتابات الفقه التقليدى ، وذلك مماأتولى مناقشته بعد قليل . ولكنى أبادر فأثبت أن الإسلام هو دين السلام وليس عجباً أن تقوم نظريته القانونية الدولية أساساً على مدرك السلام . والحق أن النظرة المتحررة إلى فكرة تقسيم العالم إلى دارين لابد أن تنبى إلى فهم قريب مما قال به أبو حنيفة فهو تقسيم يتخيا توافر صفة الأمن والسلام للمسلمين فى دارهم وتوقى الخوف والعدوان عليهم فى غير دارهم . وإذن فلا يصح أن يتخذ دليلاً — كما يروج لذلك بعض المستشرقين — على أن المسلمين أهل حروب وغارات أو أنه يمثل منهاج المسلمين فى العلاقات . إن تغاير الدين ليس هو فى الحقيقة مناط التقسيم وإنما مناطه انقطاع العصمة وترجيح سوء المعاملة ومن ثم فإن دار الحرب ليست إلا الدار التى تأبى أن تكون على علاقات سلم مع الدولة الإسلامية . وإذن فوصفها بذلك وصف عارض ينطبق ما بقيت مبرراته ويزول بزواها ، وتلك بديهية يقرها المنطقيون الغربيون .

وهناك فئة تالفة يشط بها الفكر فتذهب إلى أن النظرية الإسلامية أضيق من أن تحتوى نظاماً قانونياً دولياً للسلام وتزعم أن تاريخ العلاقات الدولية يشهد بذلك . فهم لا يرون في السوابق الماضية ما يدل على أن ذلك القانون قد حكم خارج الدولة الإسلامية أو نظم رابطة بين الدولة الإسلامية وغيرها من الدول . وتلك لعمر الحق نظرة رمدة تنكر الشمس من أدى بها فالقرآن الكريم به العديد من الآيات التي تنظم علاقات دولية (أقرأ سورة براءة على سبيل المثال) والحديث الشريف كذلك ، ثم إن التاريخ يكذب ما يزعمون « وإذا قيل لهم لا تفسدوا في الأرض قالوا إنما نحن مصلحون . ألا إنهم هم المفسدون ولكن لا يشعرون » (البقرة / ١١ ، ١٢) .

لقد بدأ قانون السلام الإسلامى — فى رأى الخاص — بمعاهدة الحديبية (٦٢٨ م) ولا أقول بمعهد المدينة الذى آخى بين الانصار والمهاجرين حتى لا أفتح باباً للحدل حول طبيعة ذلك العهد وهل كان دستوراً أم معاهدة . وكم من علاقة سلام جمعت — فى عهد الرسول ﷺ — بين المسلمين وغير المسلمين — فى تاريخ دبلوماسى طويل من العهود والتعاون مع الأعداء القدامى على البر والتقوى . وقد سجل شعر حسان بن ثابت والاعشى وكعب كثيراً من هذه الحقائق وتمثلت أول بادرة لذلك عندما ارسل الرسول ﷺ فى باكورة الدعوة رسله إلى ملوك وحكام الدول المجاورة يدعوهم بدعوة الإسلام . كما أشارت الآية الكريمة الخاصة بحروب الروم والفرس إلى ارتباط الإسلام بالعلاقات الدولية « غلبت الروم فى أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيفعلون فى بضع سنين . لله الأمر من قبل ومن بعد ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله . ينصر من يشاء وهو العزيز الرحيم » . (الروم / ١ - ٤) وكان للمسلمين مع جيرانهم علاقات لعل بدايتها كانت هجرة المسلمين إلى الحبشة . كما ذهب عمر بن الخطاب إلى بيت المقدس ليتعلمها من حاكمها ، وأبرم حاكم مصر المسلم عهداً مكتوباً مع أهل النوبة فى جنوب مصر ، وعزف سفراء الدولة الإسلامية عن الركوع أمام حكام الفرنجة على عكس ما كانت تقضى به

الأعراف الدبلوماسية في تلك الأيام ، وذلك قليل من كثير ، وتلك الأمثال
نضربها للناس . ومن ذلك ومن سوانق الإسلام في عهد الخلافة الراشدة
ومابعدھا انتهى الفقهاء إلى إقرار فكرة دار الصلح ودار العهد . وبدهى ألا
يكون هناك صلح أو عهد في نظام إلا نظام السلام فضلاً على الصور الراهنة
التي أعرض لها في مواقعها من الدراسة . ومرة أخرى أقول إننى أرجو أن
يكون في دراستنا هذه ما يرد على دعاوى الجهلاء والمتطعين .

ولكن أى فكر إسلامي يراد إحيائه ؟ إنه الفكر النقي الخالص المستمد من
الكتاب الكريم وماصح عن الرسول من حديث . فكر بعيد عن التزمت الذى
يعسر ولا يسر ويتبرأ من مسوح الزيف الغربى .

إن الجرى الأعمى في فلك الحضارة الغربية — في رأى — هو أخطر
مأصاب الشعوب الإسلامية . وقد يكون للاستعمار العسكرى الذى تحررت
الشعوب من ربقة حديثا دخل في هذا ، وقد يكون للاستعمار التقاى الذى
نعائشه دور أكبر ، وقد يكون للتقليد غير الواعى دور أبعاد خطيرة ولكن
النتيجة واحدة وهى أن الحضارة الغربية قد حلفت بصماتها غير المحمودة على
حواسب عديدة من حياتنا ، سواء على مستوى الأفراد أم الجماعات .

وعنى عن القول إن للحضارة جانبين : الأول الجانب المادى الصناعى
وهذا لا غنى لنا عنه ولا مانع من الاستفادة منه . إنا مطالبون إسلامياً بالتقدم
فيه واستكناه أسرار الكون والسعى في مناكب الأرض والوقوف عند بعض
أسرار المادة التى وضع الله فيها العديد من أسرارهِ في خلقه مع تذكير الناس بما
كنا عليه من حصار طائلة ومدينة هائلة وقت أن كانت القرون تلف الغربين
بظلام دامس من التخلف والرجعية في سنى مناحى الحياة .

أما الجانب الثانى للحضارة فهو الجانب المتصل بالثقافة والأخلاق والأفكار
والمبادئ . وهذا الجانب لا يمكن أخذه عن الغير أخذ المقلد أو المتشيع لأن
هذا الأخذ عن الغير يعنى ضياع شخصية الأمة وذوبان هويتها في هوية
الآخرين في الوقت الذى حدد الإسلام شخصية الأمة وثقافتها وصفتها

بالصبغة الإسلامية الخالصة ، ووضع الله لنا القرآن والسنة لنستمد منهما كل مقومات الأخلاق والأفكار والثقافة . إننا مهما نطقنا بتقاليد العرب بلسان الغرب فستظل دربا دحيلا علينا وأنى درب !! .

ولا سلك أن العودة إلى الأصالة الدينية باتت مطلب كل من يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، بعد تخطى مرحلة الانبهار بالثقافة الغربية وتجاوز الانشغال بمغريات الحياة الأوروبية . « إنا لسنا رسلنا والذين آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الأشهاد » . (عافر / ٥١) . (راحغ على سبيل المثال كتاب محمد الغرالى فى « دستور الوحدة الثقافية ») .

ومن القضايا الخطرة التى لمستها من خلال اهتماماتى بالشرعية الإسلامية والدراسات الفقهية أن البعض يستغل تعدد وجهات نظر الفقهاء فى القضايا الفقهية ويرمى الفقه الإسلامى بالتهاتر وصعوبة الفهم . والحقيقة أن الذين يقولون مثل هذه الأقوال لا يريدون للإسلام خيراً ويتخذون من الهجوم على الفقهاء وسيلة للهجوم على الإسلام وشريعته .

ولا يفوتنى فى هذا المقام أن أقف مع الدكتور مجيد حدورى — وهو كاتب ربى فىنا وليداً ولبث فىنا من عمره سنين — أقف معه وقفة عتاب فقد نسي حظاً مما ذكر به وما يذكر إلا أولو الألباب ، وقديما قالوا إن الخلاف لا يفسد للود قضية بين الأصحاب . أعتب عليه أنه يلبس الإسلام بظلم عندما يصممه بالاستعلاء بما يعطيه للمسلمين من مركز ممتاز حبال غيرهم وبما يتسم به من أنانية لا تقر بشرعية نظام سوى نظامه . والإسلام من ذلك براء ، ولنذكر قوله تعالى « وكيف يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله » (المائدة / ٤٣) وقوله سبحانه وتعالى « وليحكم أهل الإنجيل بما أنزل الله فيه » (المائدة / ٤٧) . ويبدو أن الكاتب نحاته الذاكرة فنسى أن الغرب لازال يتغنى بصور من الاستعلاء أسوق مثلاً لها فى المركز الذى تشغله الدول الكبرى فى مجلس الأمن . وتكل نظرة الكاتب إذ يجرد الإسلام من ركيزة السلام ويذهب إلى أن جهاز السلام فى الإسلام جهاز مؤقت ينظم علاقات تهادن عارضة فيما بين

الخروب : وما الإسلام عند كنى مصنف إلا السلام وإلا فأنتى لى مما فى كتابى
هذا من أحكام . ويبر عن الصواب عندما يستل من الإسلام فضل إرساء
مدرك المساواة ويسببه إلى القانون الدولى المعاصر ، وفى التنزيل الكريم — مند
سيف وأربعة عشر قرناً — آيات بينات فى المساواة « يأيها الناس إنا خلقناكم من
ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا » (الحجرات / ١٣) ورسول
الإسلام يقول (كلکم لآدم و آدم من تراب) . وينشلم مطلق الكاتب فى
تصوره بأن الإسلام ذو طابع شخصى يخاطب الأفراد ولا يخاطب الجماعات
الإقليمية ، وإذن فماذا نحق السماء تعنى لفظة « القرية » فى آيات القرآن إذا لم
تكن خطاباً للجماعة الإقليمية .

وإنى لفى شك مما يدعو إليه مريب فحاصل دعواه أن الدول الإسلامية
تدرك أنه بستمحیل علیها فى الرقت الحاضر أن تحى النظرية التقليدية فى الشؤون
الخارجية حتى لا تضر بمصالحها بمقولة إن الأوضاع التى تسبح ربط الدين
بالعلائق بین الأمم قد تعیرت تغیراً حذریاً . رینى مذهبه على أساس أن الالتقاء
إلى إدخال عصر دینى فى السياسات سواء على الصعيد الخلى أم على الصعيد
الدولى اتحاد حطراً حداً « لأن الدين — وربما أى ایدیولوجية من أى نوع
كانت من شأنه أن يعوق عمل النظام القانونى الذى هو فى الأساس ثمرة العادة
والتقاليد أكثر منه تحسیداً لمادىء معنوية . ولكن كان قانون الدول الحديث قد
اصح عالمياً خلافاً لقانون الدول المسيحية وقانون الدول الإسلامى فى العصور
الوسطى فلأن الدول الأوروبية قد تحلت عن ربط الدين بالعلائق الخارجية منذ
معاهدة وستفاليا وقبلت بتطور المراجع العلمانية وفقاً للحاجات المتزايدة لأسرة
الدول » (مجید خدورى — الحرب والسلام فى شرعة الإسلام ، بیروت سنة
١٩٧٣ ، ص ٣٨٥) وذلك فى عمقه قول هراء وزبد يذهب جفاء ، فقد
كانت الحصاره المسيحية هى المسوح التى التف بها القانون الدولى المعاصر
وقت مولده فم اتشح بها شرف بمخاطبة أحكامه ومن حرم منها أنكر علیه
ذلك الشرف . إن القانون والدين يتكاملان فى العلاقات الدولية لأهما

يستهدفان تحقيق تكامل البشرية فليس بمستغرب إذن أن يعالج العالم البلجيكي لوران في سفره « تاريخ قانون التعوب » شطراً بارزاً من تعاليم الأديان العالمية . ومع ذلك فقد أتمس للكتاب بعض العذر لو أنه قصد إلى أن النظرية التقليدية حرية بالتقييد كى تتناغم مع انجريات المعاصرة ولكنه انتعى مايتجاوز هذا . ويكأن الكاتب — فى تشيعة لشرعة استحوذت على العقلية الغربية — يحسب أن هذه الردة قمينة بالإسلام كما صدقت على المسيحية . فما أسماه بالقانون الدولى المسيحى ليس إلا غرسة استزرعها بشر كنسيون تغفوا أن تكون لقيم الوصاية دولية طاغية سلكت سبيلاً باغية وأركست أوروباً فى حرب ضارية دامت ثلاثين سنة عاتية . فلا غرو أن تكون معاهدات وستفاليا

إمارة النهاية للحرب الضروس وإشارة البداية لخذلان هيمنة القليس وانحسار سيطرة القسيس . أما إسلام العصر الوسيط فكان شرعة دولة عرضها من الخليج إلى المحيط خرحت بعقيدتها من هجير الصحراء لتقتعد فى ظلمات العصر مقاعد الأمل والرجاء . ثم إن علماء المسلمين يفتون ولا يتحكمون ويقضون ولا يسيطرون وهم لرمهم يرهبون وماينبغى لهم ومايستطيعون . فكيف بكاتب تحرير أن يقيم وجهه لرأى فطير وأن يسلك نفسه وراء منطق ضرير . ولى بعون الله مع هذه النزعة لقاء بل ولقاءات . وكل ماهو آت آت . « الله يستهزى بهم ويمدهم فى طغيانهم يعمهون » (البقرة / ١٥) .

أعود فأقول إن دعاة المفاهيم البكماء الذين يدارءون وراء مدركات فقه تبلور اجتهاده زمن أن كانت القوة درء الدول والسيف منطقها فى محيط جهل الأمن الجماعى وافتقر لوسائط السلام ، دون اعتبار منهم لضرورات العصر ومتطلبات الحياة أو تفهم لما كانت ثم أصبحت عليه دولة الإسلام ويحسبون أنهم يحسنون صنعا هم كباسط كفيه إلى الماء ليبلغ فاه وماهو ببالغه ، سنكتب شهادتهم ويسألون » وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلواً » (النمل / ١٤) .

ويروق لى هنا أن ارفع خطأ أخشى أن يتطرق إلى ذهن القارىء فيحسب أن

مناقشتي لآراء السلف الصالح أو مقارعة محضهم بالحجة بعني أني أنال من قدرهم أو أقلل من جهدهم وما كان لمثل أن يتناول إلى مكاتهم العالية ومنزلتهم السامية ، وهم رواد الشوايح العالية .

وثمة حقيقة يجب التأكيد عليها ، وهي أن هناك فرقا بين الخلاف والنزاع لأن النزاع متناه الفشل كما قال القرآن الكريم « ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم » (الانفال / ٤٦) . ولكن تعدد وجهات نظر العلماء مقصده دائما الوصول إلى الحكم الشرعي الصائب بل هو من عوامل نماء التشريع الإسلامي وقوته وقدرته على العطاء في مواجهة أي من النظريات الزمنية أو القوانين الوضعية .

وينجب أن انبه إلى خطورة الفرقة التي يحاول بعض خصوم الإسلام زرعها في جسد الأمة الإسلامية . فقد اشار القرآن في أكثر من موضع إلى خطورة هذه الفتن وعمل البعض على تأصيلها داخل الأمة ، « ود كثير من اهل الكتاب لو يردونكم من بعد إيمانكم كفاراً حسداً من عند انفسهم من بعد ما بين لهم الحق فاعفوا واصفحوا حتى يأتي الله بأمره » (البقرة / ١٠٩) . « ولئن نرضي الله اليهود ولا النصارى حتى تسيع ملتهم قل إن هدى الله فهو المولى ولئن اذعيت اموالهم بعد الذي جاءك من السلام مالا من الله من ول ولا نصير » (التوبة / ١٢٠) « فإن لم يستجيبوا لك فاعلم انما يتبعون اشرارهم ومن اقبل بهم اسم هووا غير هادي من الله . إن الله لا يهدي القوم الظالين » (التوبة / ٥٠) .

وما أن هدى في الوقت ذاته أن البشرية لا غنى لها عن الإسلام ومن ثم فلا بد من دأب في التعامل كلمة الإسلام إلى الناس ، عبر رسائل عما بلغه الأمر من صعاب في طريق الدعوة ، فتلك سنة الله في خلقه .

وما من المسامحة يبشر بمحمد الله بخير عميم ، ذلك أن غالبية الشعوب الإسلامية تعيش في مسود اسلامية حقيقية تنبع من إدراك واع ونفهم كبير لأهمية

من مسلمي هذا العصر — قول الحق سبحانه وتعالى « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً » (النساء / ٦٥) وفي عنهم صفة الإيمان ، الا إذا رضوا بحكم الرسول ﷺ وسلموا به تسليماً .

وليس المراد هنا أن يتحاكم هؤلاء إلى الرسول ﷺ بصفته البشرية ، ولا أن يرجعوا إلى أعراف الجاهلية ، بل المقصود أن يتحاكموا إلى شريعة الإسلام فيما يقع بينهم من منازعات وأحداث فإن الرسول ﷺ لا يقضى إلا بحكم الله في كتابه المنزل بهيأ عسا درج عليه أهل الجاهلية من مظالم ، كما قال رب العالمين ، « إنا أرسلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » (النساء / ١٠٥) ، « أفحكم الجاهلية يغفلون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون » (المائدة / ٥٠) .

لكن الذين آمنوا بالعلمانية ، وكفروا بصلاحية الشريعة الإسلامية للحياة ، يزعمون أن بوسعهم أن يظلوا مسلمين مع اعتقادهم بأن الإسلام ما جاء ليحكم بين الناس في شؤون دنياهم وينجأهم بانهم لا يقللون فكرة « أبدية القانون » ، ويجدون في التشديق بهذه السنن ما يرضى عليهم شيئاً من وجهة المنطق. أولئك الذين يعيشون مع الغرب بقلوبهم وينتمون إلى الإسلام بقولهم بفسرهم بالقرآن كليل وحديثهم عن الإسلام عليل . ومن المؤسف أن هناك من يطعن له المسلمون ويطلون له ويزمرون حاسبين أنه من أعلام الفكر وقادة الرأي وهم لا يعلمون . والأمثلة على ذلك كثيرة اختار منهم مثلاً ليس عنا بعيد لرجل فرح كثير من المسلمين بإسلامه بعد طول ضياع ، ورجوا الخير للدعوة الإسلامية من فكره وقلمه ولكن ! إنه المفكر الفرنسي حارودي الذي تسمى باسم « رجاء » ، وأخذ يشرح للناس في محاضراته الخطوات التي قادت إلى الإيمان بهذا الدين الخفيف وهو الذي قضى حياته السالفة في ضلال الشيوعية والإلحاد .

وأمام فضيلة شيخ الأزهر الدراسة الطويلة التي دمجها الأستاذ الدكتور سعد

ظلام عميد كلية اللغة العربية بالأزهر لمناقشة فكر رحاء الجارودى والبيان الذى قدمه إلى المؤتمر الأول للمسلمين والأوروبيين الذى انعقد فى اسبيليه فى الفترة من ١٩ — ٢١ يوليو سنة ١٩٨٦ .

يقول الدكتور سعد ظلام — بحق — إنه عندما يدخل المفكر إلى الإسلام بعد اقتناع ، فهذا يحسب له لكنا نقف عند منفرات قد تطلق على ديننا وهو أكبر منها . فلماذا يذكر جارودى عن الإسلام فى بيانه بأنه « اسلام القرن العشرين » ؟ أو يكون هذا العنوان من أمشاح الديانة اليهودية التى تقسم اليهودية إلى عصرين باعتبارها المكسب والخسارة بالتبديل والتغيير حسب المصلحة ؟ فهناك يهودية موسى وسليمان ودارد وغيرهم ! فالديانة اليهودية لاتصلح لكل زمان ولهذا أعطوا الحاحام أو الكاهن الأكبر سلطة تغيير الدين ليتلاءم مع العصر . أما الإسلام فعكس ذلك تماماً فالإسلام هو الجوهر والدين الأول والحام للأديان .

ويضع الدكتور سعد ظلام أيضاً تحفظات على فكر جارودى ودعوته لإنشاء مركز اسلامى فى قرطبة يتشارك فيه عدد من الشخصيات المسيحية واليهودية من غير المتعصبين ، تمثل هذه الأمور يستغلها البعض لضرب الدين أكبر من تعاملهم مع رحابته . وربما كان جارودى معذورا لأنه حديث عهد بالإسلام ومعرفة بالأصول والفقهاء . فهو فيلسوف معنى حوار الحضارات إلى جانب مراقبه السياسيه وانتاءاته التى أثرت كثيرا فى أسلوبه وتفكيره .

ولذا فإنى أكره أن يقتف الاسناد جارودى فى صف واحد مع هؤلاء العلمانيين المفتوين « أفى قلوبهم مرض أم ارتابوا أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله بل أولئك هم الظالمون ، إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون » (البور / ٥٠ ، ٥١) .

لقد عرف الإسلام فى تاريخه الحديث هبات تقصد — فى نظر اصحابها ، وبغض النظر عن حكم التاريخ عليها — إلى احياء الإسلام واصفاء ثوب قشيب

عليه لعل أهمها هي الحركة المهدية في السودان والوهابية في الجزيرة العربية والحركات الإسلامية المعاصرة ومعها الثورة الإيرانية الخرمينية ، ودراسة تلك الحركات لها جانبها السياسي الذي يتجاوز حدود هذا البحث ولذا اكتفى بما قدمت في ترسم علامات الفكر الإسلامي الذي استهديه في بحثي هذا .

وقد هالني أن الدراسات الإسلامية المعاصرة تعج بأبحاث مستفيضة عن قانون الحرب في الشريعة الإسلامية ولكنها تكاد تخلو من معالجة جدية لأحكام قانون السلام . وأشلب الظن أن ذلك مرجعه إلى أن الكتاب المحدثين يقتفون أثر الأوائل في تبعة خرساء . فقد خلف لنا الفقه التقليدي الإسلامي ثروة ثرية في قواعد الحرب لعل كنزها الثمين يتمثل في « السير الكبير » للفقهاء الحنفية لعالم محمد بن الحسن الشاذلي الشيباني ، ولكنه صمت عن أحكام السلام .

وإذا كان الفقهاء القدامى قد اهتموا بقانون الحرب وأعفلوا قانون السلام فإن لهم عذرهم في ذلك فقد تبلور الفقه التقليدي زمن الفتوحات الإسلامية فانشغل أصحابه بدراسة الظواهر التي تحيط بمجتمعهم ، وكانت ظاهرة الحرب هي التي نسبطر وفتتد على علاقة الدول الإسلامية — الموحدة تحت خلافة واحدة — بغيرها من الدول فكان يدهيها أن تنطبع أفكار الفقهاء بطابع عصرهم وأن يسعوا إلى التنفيذ عما يضبط سلوك الدولة الإسلامية في قتالها مع الدول التي تقاسمها الجماعة الدولية .

أما اليوم وقد انقلب ظهر المحس فلم تعد القوة العسكرية سمة الدولة أو الدول الإسلامية بل إن معظمها حديث عهد بالاستقلال بعد أن ررح قروناً تحت نير الاستعمار ، فإن الاهتمام بقانون الحرب يجب أن ينزوى إلى مرتبة ثانوية وأن ينصرف الدارسون إلى معميات النظرية الإسلامية في قانون السلام . وعلى الرغم من تلك الحقيقة الدامغة فلا زالت الأقلام تتمرغ فيما قال به الأولون والأفكار تنحصر فيما خلفه التقليديون وإن ذلك التمحور حول القديم لا يفسره — فيما أرى — إلا إحجام عن ولوج حلبة الاجتهاد وقصور أو تقصير في البحث والإعداد وتقديس لهقلية الأبناء والأجداد ، فأين الأمم المتحددة

من بيرنطة وبغداد . وأنى للعالم الإسلامى المعاصر من دولة الأجداد وكيف بحق السماء يسرى ما قالوه فى القنوات والأنهار على مانواجهه اليوم من مشكلات للبحار . أنستفتى الأئمة الأربعة فيما ليس لهم فيه نظر أو لم يرد بتأه حبر وتبعاً لا بد أن يكون الصدى بلا وقع والآراء بغير نفع . أكان أحدهم على علم بالدلو ماسية المعاصرة أم عندهم معاتيج العيب فهم يستفتون ؟ كلا وإيم الحق فإنهم وإن كانوا أئمة . أحلاء كرام إلا أن الرأى يتغير بتغير الزمان والمكان . وإذن فالخيار اليوم بين أمرين : إما أن نتفوق على أنفسنا ونقول إنه لانظرية فى الإسلام لقانون السلام وإما أن ننفخ العار عن أنفسنا ونفتخر من نبع لا يضل من استسقى منه أبداً — القرآن والسنة — نحتاً عن صحيح الأحكام . وإلى والله لسالك سبيل معاد بن حبل — أجتهد رأى بعد القرآن والحديث ساعياً إلى أسر اجتهد ولو أخطأ . « إن أخرى إلا على الذى فطرنى أفلا تعقلون » (صود / ٥١) .

أيها التاريخ العظيم

لقد كان اختراع هذا السفر رؤى تداعى سبلى ورىاً تظلماً إليه نفسى فسد الله أررى ريسر لى أهرى ، تتأويل رؤىاى قد حملها رى حقاً وتجسيد أملى واقعاً يستقى على صراط الفقه سقياً . فالتلهم لك اسحداً عبداً رضىباً وأسبع قيوماً علياً ، أتسكرك فقد كنت لى حفيماً . ادخلتنى مدخل صدق وأخرجتنى مخرج صدق ورجعت لى من لدنك سالماً ولماً .

ولما كان لا بد لمن يستشرف الجهد فى قانون السلام الإسلامى من أن يبدأ حيث لا بداية وأن يستسقى بلا سقاية ، ولا عدة له إلا اجتهد يستعين به فى مناقشة الأفكار ومراجعة الأسفار . وتوكل يستقرىء به أحكام القرآن والحديث المختار . فقد سلكت طريقى فى الدراسة من منطلق الواقع نالدول الإسلامية بمفهوم العصر دول نامية تدور فى فلك نجوم دول مخالفة رابية تؤمن فى علاقاتها الدولية بقانون هو من صناعتها وتسبر على أحكام هى بضاعتها فكان لزاماً للدراسة كى تحقق جدواها وتنجز مبتغاها من أن تنهج منهج المقارنة بين

النظريتين — الإسلامية والغربية — سعياً وراء إيضاح الموافقات وبيان
المفارقات . « يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات »
(المحادلة / ١١١) .

وجرياً على هذا الدرب فقد استملحت أن أرتب فهرست هذا الكتاب على
نمط فهارس الكتب المعاصرة في القانون الدولى . ولكنى تشبث بمصطلحات
الفقه الإسلامى فى كل مرة وجدت أن المصطلح مناسب وعرت من
مصطلحات العرب مالا قرين له فى المصطلحات الفقهية دون أن أتغلى — فى
اللفظ المعرب — عن الذوق العربى السليم . فقد عاجلت متلاً مدرك البحر
الساحلى ولكى اخترت له من مصطلحات الفقه مسمى « البحر الحريم » بعد
أن حورت الفكرة وطورتها من منظورها الخاص إلى منظورها العام لتواكب
علاقات دولة الإسلام . وانتقيت اصطلاح « الاستخلاف الدولى » على أنه
اصطلاح معرب لمدرک غريب على الفقه التقليدى ، والتعريب هذا يتقبله
اللسان المبين ، وهكذا . وكثيراً ما كان الكتاب الذى لا تبلى جدته ولا تنقضى
عجائبه — القرآن الكريم — هادياً لى فى انتقاء المصطلح السليم كاصطلاح
« اليم » مثلاً . « اتبعوا من لا يسألكم أجراً وهم مهتدون » (يس / ٢١) .

ولكن من الناس من يستهويهم تصيد الاخطاء وتسقط الزلل ، يحب الهجاء
أكثر مما يحب الثناء ويسارع إلى خطأ ليفضحه أكثر مما يسارع إلى جميل ليمدحه
حسداً من عند أنفسهم وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين . فإذا لا يؤتون
الناس نقيراً ولا يتنادون إلا نكيراً ، غلبت عليهم شقوتهم فكانوا قوماً بوراً .
ولا أحسنى بناج من كيد هؤلاء ولا أخالى بمفارة من مكرهم . واتمثل
لهؤلاء — وحاشا لله أن أدعى مقام النبوة — أتمثل بقول نوح لقومه « يا قوم إن
كان كبر عليكم مقامى وتذكيرى بآيات الله فعلى الله توكلت فاجمعوا أمركم
وشركاءكم ثم لا يكن أمركم عليكم غمّة » .

وما أشبهنى مع هؤلاء بكريستوفر كولبس مع علماء عصره الذين أنكروا
عليه كشفه فلما سمع بمكرهم دعاهم وأعد لكل منهم متكاً وأعطى كل واحد

منهم بيضة مسبوقة وضبط إليه أن يوقفها في طرفه مذنب تفتل جميع مما
كان من كوليس إلا أن أخذوا وضغط على الطرف المذنب حتى تفرطح
وانتصت البيضة فقتل الجميع . ولكنا كنا نستطيع أن نعمل ذلك . فكان
جوابه الحكيم . وما الذي ساعدكم من ذلك ؟ ! .

انني لا أرى للمسيح تدرأ بين المجتهدين ولا أرعم تميراً عن غيري من
الذين فسدت الذي تفرد بالكمال وحده . ولكن الله يهي عن أن يحسن
الناس امتيائهم . لا يجب أن يمسدوا على ما أتادم من فضله . ويكفيني أن
أحسب مؤلفي هذا لله فقد فزحت به مناليت موصدة وسلكت وهاداً غير
ممهدة ودأرت أفكاراً فجأة ولمست آراء غضة فكان توفيق من الله هداية إلى
الطريق الحكيم وإمارة على الدرب القويم لمن شاء من القوم أن يستقيم
وما يشاءون إلا أن يشاء الله رب العالمين . فاللهم — وأنت اعلم بالجهر
وما يخفى — أجزني عنه حزا الصادقين وأجزني فيه أجر المجتهدين .

« ربنا إنا سمعنا منادياً ينادي للإيمان أن آمنوا بربكم فآمنوا ربنا فاعفر لنا
دورنا وكفرنا سنا سبتنا ربنا سمع الأبرار . »

صدق الله العظيم

الإسكندرية في ديسمبر سنة ١٩٨٨

الباب الأول في مدخل إلى الدراسة

الفصل الأول : في السلام والإسلام .

الفصل الثاني : في التنظيم الدولي الإسلامي الراهن .

الفصل الثالث : في التعريف بالقانون الدولي الإسلامي .

الفصل الرابع : في أصول قانون السلام الإسلامي (عدا المعاهدات) .

« سريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق »

صدق الله العظيم

(فصلت / ٥٣)

الفصل الأول فى السلام والإسلام

تقدمة :

لقد عرف الإسلام — كما أسلفت — فى تاريخه الحديث هبات قصد أصحابها — وبغض النظر عن حكم التاريخ عليها — إلى احياء الإسلام وإضفاء ثوب تشيب عليه .

ولكنى أحسب أن ما قدمت لا يكتفى فى القول ببناء نظرية للإسلام و قانون السلام بل لابد لى قبل أن أغادر مقامى هذا من أن أعرض لقضية كبرى من قضايا القانون الدولى الإسلامى . أهو حقاً قانون سلام أم أنه كما يرهص البعض قانون حرب وعدوان ؟ .

الجهاد نظرية الإسلام فى الحرب المقدسة :

يقدم المدرك التقليدى الإسلام من منظور لا يتصور عالمية الإسلام إلا من خلال حرب. لنشر كلمة الله يشنها ولى أمر المسلمين بلا هوادة ولا تراخ حتى تعم كلمة الله مختلف البقاع . ومن هنا أكد الفقه الكلاسى على أن الجهاد بديل تحقق به الدولة الإسلامية غاياتها إلى جانب طرائق السلام .

بيد أن دعاة الحرب لم يتموا دورتهم مع الشمس إذ توقفت فتوحاتهم عند حدود الهند شرقاً واستعصت عليهم قلاع القسطنطينية شمالاً (٧١٧/٧١٨ م) ومنوا بهزائم حاسمة فى تور غرباً (٧٣٢ م) وواجه الإسلام — فيما احتضن من رقاع — مشكلات رئيسة تمثلت أساساً فى تحديد مركز غير المسلمين داخل دار الإسلام وعلاقة دار الإسلام مما بنى من دار الشرك . فكانت الذمة والأمان — على الصعيد الفردى — محور العلاقة بين المسلمين وغير المسلمين ، وكان الجهاد — على الصعيد الدولى — قاعدة تنظيم العلاقة بين الدولة

الإسلامية والدولة غير الإسلامية . ولما كنت أنتوى مناقشة أحكام الذمة والأمان في مبحث لاحق فإنى اجترىء هنا بكلمة عن الجهاد .

الجهاد لغة هو في ثخشا هذا عدل القتال « جاهد العدو مجاهدة وجاهداً قتله وجاهد في سبيل الله وفي الحديث لا هجرة بعد الفتح ولكس جهاد وبة الجهاد محاربة الأعداء وهو المبالغة واستفراغ مافى الوسع والطاقة من قول أو فعل والمراد بالنية إخلاص العمل أى أنه لم يبق بعد فتح مكة هجرة لأنها صارت دار إسلام وإنما هو فى الإخلاص فى الجهاد و قتال الكفار » (راجع المجلد الأول من قاموس لسان العرب ص ٢٠١ ، اعداد وتصيف يوسف خياط ، طبعة دار لسان العرب ـ بيروت ، لسان) .

وأعلب الظن أن المفهوم الفقهى للجهاد قد أخذ عن معناه اللغوى . وأيا كان الأمر فإن المعين — اللغوى والفقهى — لمصطلح الجهاد لا يتناقضان ذلك أن الجهاد فى النظرية التقليدية هو واسطة لإرساء السيادة الإسلامية من حيث أن التمكن لدين الله يقتضى أن توفر للدين علوية قانونية وهيمنة سياسية ثم إن السيادة سيادة الله . والحق أن الجهاد بالمعنى الذى درج فى كتابات الفقه الإسلامى الكلاسى لا يختلف كثيراً عن الحرب بمدركها عند العرب فى الجاهلية حتى أن البعض رسم بأن الجهاد مترج يمتص الروح المـ كره الكاسية فى نفوس العرب . وتصور أصحاب هذا الرأى الخطر أن الجهاد فى التاريخ الإسلامى عامل توسع وارتقاء أكثر منه عامل بقاء . ولا مرية عندى فى أن هذا الرأى إنما يصدر عن تأثر بمفهوم الجهاد الساذج الذى علب على الفكر الإسلامى الكلاسى وهذا ما أنكره وأنكر معه أن الإسلام اتخذ من الجهاد وسيلة لتحقيق أساساً توسعة رقعة الدار والامتداد حول المدار . ولكنى لا أنكر أن مدرك الجهاد فى النظرية الإسلامية يمكن أن يقابل مدرك الحرب فى النظرية الدولية المعاصرة مع خلاف فى المنهج والغاية . فالجهاد فى الإسلام نوعان :

(١) جهاد إبادة ضد المشركين والكفار فى دار الكفر ، والمرتدين عن الإسلام فى دار الردة .

(٢) جهاد توفيق ضد أهل الكتاب والبغاة فأهل الكتاب بالخيار بين قبول الإسلام أو دفع الجزية (دار العهد ودار الصلح) .

أما البغاة فهم مسلمون على أى حال « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفتىء إلى أمر الله » (الحجرات / ٩٠) .

ذلك أن المستقرىء لآراء الفقه التقليدى يحس بأن الجهاد دائماً ينصب أساساً على الجهاد ضد المخالفين .

والجهاد فرض كفاية بمعنى أنه التزام على الأمة فى جماعتها وليس التزام فرد على حدة . وقد يكون فرض عين فى حالتين : الرباط ، وذلك على المقيمين على حدود الدولة ، والاستنفار — إذا مادعى ولى الأمر إليه .

والطريف أن الخوارج يعتبرون أن الجهاد هو الركن السادس فى الإسلام ، أما الجهاد عند الشيعة فيظل فى سبات إلى أن يعود الإمام الختبنى . — ويبدو — كما يستدل على ذلك من أنباء الحرب الإيرانية العراقية — أن آيات الله أصبحوا يمارسون حق التفسير الذى يتضمن تحديد حالات الاجتهاد .

والجهاد عند الفقهاء الأوائل واجب مستمر إلى أن تخبر الفتنة ويصبح الدين كله لله .

وإذا سلمنا بأن الجهاد هو التصور الإسلامى للحرب فإن السؤال الذى يفرض ذاته وتستهمه دراسة تغيا معالجة قانون السلام هو تحديد طبيعة ذلك الجهاد أهو دفاعى أم ههجومى ، ذلك أن الجهاد الدفاعى يمكن أن يدور فى حلقة السلام أما الجهاد الهجومى فينقض دعوى السلام من أساسها لأنه لا يتسق إلا مع العلاقات العدوانية . إن الجواب على هذا السؤال يختلف حوله الآراء وتتصارع الأفكار ولذا أتناوله فيما يلى باختصار .

إن فكرة مشروعية الحرب تنضل اتصالاً وثيقاً بفكرة تحريم الحرب فى بعض صورها . ويمكن أن أقرر — بصفة عامة — أن هناك مبدأ قديماً متفقاً عليه يمنع

الحرب إلا إذا بررها سبب خاص ولو أن هناك خلافاً حول تحديد ذلك السبب . فالرومانيون كانوا يتخذون من بعض الإجراءات الشكلية معياراً يفرق بين الحرب العادلة وغير العادلة ، وقد تبنى حروسيوس تلك التفرقة وراح يجتهد في تعدد أنواع الحرب المتروعة وغير المتروعة . بيد أن هذه النظرة ضعفت في القرن التاسع عشر بسبب ازدهار مذهب السيادة القومية وأصبح من حق الدولة أن تشن الحرب حسبما يخلو لها مادام أنها لم ترتبط بمعاهدة تحرم عليها ذلك . غير أن الحرب العالمية الأولى وما خلفته من هلاك ودمار اضطر الجماعة الدولية إلى إعادة النظر في حق الدولة في شن الحرب الأمر الذي دعى إلى إبرام عهد باريس سنة ١٩٢٨ ، وتنص مادته الأولى على سحب الحرب كوسيلة لحل الخلافات الدولية وتدمغها كأداة للسياسة الوطنية في علاقة الدول بعضها ببعض الآخر . وتعلن مادته الثانية اتفاق الدول المتعاهدة على تسوية كافة المنازعات — أيا كانت طبيعتها أو كان مصدرها — بالوسائل السلمية . وكان ذلك الميثاق هو ركيزة محكمة نورمبرج عندما قضت سنة ١٩٤٥ بأن الحرب العدوانية جريمة .

تم حاء ميثاق الأمم المتحدة الذي حرم استخدام القوة والتهديد باستخدامها . ومن ثم فقد عدت الحرب — من حيث المبدأ — ممنوعة ويحرم اللجوء إليها إلا دفعاً لعدوان دولي ، وهذا هو ما يعرف اليوم بمبدأ الحرب العادلة .

لقد دعى النظم الخطأىء نفسراً إلى القول بأن لفظة الجهاد كما وردت في آيات القرآن — وكما فهمها المسيحيون والمسلمون معاً على أنها تنبئ محاربة أهل الشرك — لم تستخدم مطلقاً في القرآن بهذا المعنى وأن اعطاء هذا المفهوم لها إنما جاء في فترة متأخرة تالية لنزول القرآن (راجع Chiragh, Ali-A Critical Exposition of the Popular Jihad, 1885, pp. 163, 170).

وعندى أن هذه نظرة متعالية لأن اللفظة استخدمت أحياناً بمعناها اللغوي وأحياناً بمعناها الفني ، والأمر متروك للمفسر لتحديد أى المعنيين هو

المقصود . وليس من جدل في أن اللفظة كانت تعني — في الآيات المكية — معناها اللغوي ولكنها قد تشير إلى الحرب المقدسة في بعض الآيات المدنية . وأيا كان المعنى الذي يأخذه المفسر للكلمة فإننا لا نستطيع أن نكر أن الالتجاء إلى الحرب المقدسة أمر قد تفرضه ونبرر بعض الظروف .

وقد وردت في القرآن الكريم كذلك لفظة القتال ومشتقاتها . ومن ثم فإن صياغة فكرة شاملة عن مدرك الحرب في النظرية الإسلامية لا يقتصر على تفهم الآيات التي تشير إلى الجهاد بل يتطلب كذلك استفتاء الآيات التي تكلمت عن القتال .

الحرب في حق لديه شريعة: خيول الله مسرجة :

أما وقد فُقدت من الآيات ، أفلت حارس عرابي من بصر القرآن الكريم بروح ساحة منصفه ، إذ لم يلاحظ أن فقهاء المسلمين الذين نافوا عن كثرة الجهاد العدواني — ومن سار على دربهم من مستشرقين — إنما يمشون إلى آيات عزلت عن فحواها دون القاء بال إلى تكامل التركيب الذي يحتويها بل ودون اهتمام بأصول التفسير السليم التي تقضي بأن أول ما يجب على المفسر عند تعارض النصوص هو أن يعمل على التوفيق بينها فإن شئنا ، ذلك كان لكان نص نصيته التي يطبق فيها . كذلك تفهم أن أول الذي سير بأن الأساس بمحض العام لأنه أكثر تحديداً لإرادة الشارع — بيد أن الفقهاء المسلمين الذين أغفلوا تلك الأصول — انتهوا إلى تفسير عامض أو منتقد للنصوص القرآنية ، وذلك عيب يتضح بجلاء عندما تناقش ما ذهبوا إليه من آراء .

وأبدأ بتساجب الكفاية الذي يعرر رأيه بالآية الكريمة — « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله » (البقرة / ١٩٣) ، لقد نزلت هذه الآية في العام الثاني بعد إبرام عهد الحديبية وقت أن كان المسلمون يتجهزون للحج ولكنهم لم يكونوا على ثقة بنوايا أهل مكة وهل سيسمحون لهم بأداء شعائر الحج . ولم يكن المسلمون متحمسين لقتال أهل مكة إن هم منعوهم من البيت الحرام لأن

الوقت كان في الأشهر الحرام . ولذا حاءهم الإذن الإلهي بالقتال الدفاعي في حدود ماقررت الآية . وهكذا فإن أسباب النزول توضح أن الأمر بالقتال لم يستهدف القتال العدواني بل الدفاعي لأن لفظة « الفتنة » التي وردت في الآية الكريمة تعني أن الكفار من أهل مكة كانوا لا يزالون مستمرين في تعذيب المسلمين ، والقرآن يصف الفتنة بأنها أشد من القتل « والفتنة أشد من القتل » (البقرة / ١٩١) .

ويتأكد هذا الفهم إذا قرأنا باقي الآية (١٩٣) وماسبقها من آيات . إن عجز الآية (١٩٣) يقول « فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين » . وهذا يبين أن الأمر بالقتال كان ضد الظالمين ، والقتال ضد الظالمين صورة من صور الدفاع عن الذات . وتوضح الآيات السابقة على هذه الآية أسباب النزول فتقول « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين واقتلوهم حيث ثقتموهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكم والفتنة أشد من القتل ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك حزاء الكافرين فإن انتهوا فإن الله غفور رحيم وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله ، فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين » (البقرة / ١٩٠ - ١٩٣) ، وإذن فالآيات صريحة في أن حق المسلمين في مقاتلة المشركين إنما يمارس فقط ضد الذين يقاتلون المسلمين ، وقد ربطت الآية محل البحث (١٩٣) مع الآيات السابقة بوار العدوان لتحديد الغاية من القتال وهو سحق الفتنة ، ولا شأن لها ببدء القتال. فذلك أمر حكمت فيه الآية (١٩٠) .

ويذهب البعض في تفسيره إلى أن المقصود هو أن يصبح الإسلام دين الجماعة الدولية قاطبة . ولكن هذا التفسير يناقض باقي الآية حيث تقول « فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين » والانتهاه هنا هو الانتهاء من الفتنة لأن الدين مسألة بين المرء وربّه

وليس لأحد أن يتدخل في تلك العلاقة ما بقيت خافية . وإذن فمعنى الآية هو أن يوقف القتال إذا ماتوقف المشركون عن فتنة المسلمين بالقوة .

ويضيف العيني إلى ذلك الآيات التالية :

- ١ — « كتب عليكم القتال وهو كره لكم وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم » (البقرة / ٢١٦) .
- ٢ — « فإذا انسלخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذلهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد » (التوبة / ٥) .
- ٣ — « فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان لهم لعلهم ينتهون » (التوبة / ١٢) .
- ٤ — « فقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله » (التوبة / ٢٩) .
- ٥ — « انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وانفسكم في سبيل الله » (التوبة / ٤١) .

وأناقش ذلك في إيجاز . فالآية الأولى التي أوردها العيني من سورة البقرة يصدق عليها ما أسلفت من بيان ، الأمر الذي يزكيه أن الآية التي تليها تقول « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردوكم عن دينكم إن استطاعوا » (البقرة / ٢١٧) ، فالآية تذكر بعدوان المشركين وإصرارهم على فتنة المسلمين عن دينهم . أما القول بأن القتال قد كتب على المسلمين فلا يفسر على أنه إجارة للقتال العدواني لأن هذا وصف لم يرد في الآية وهي لا تعني سوى تقرير حقيقة في الحياة الدولية للجماعة الإسلامية تلك هي أن الحرب غدت جزءاً من النظام الدولي الإسلامي تماماً كما نقول اليوم إن قانون الحرب جزء من القانون الدولي العام دون أن يعنى هذا أن قانون الحرب يفرض الحرب أو أنه لا ينظم

إلا الحرب العدوانية فحسب . ولا ننسى أن الآية استخدمت هنا لفظة « القتال » ولم تستخدم لفظة « الجهاد » .

أما الآية الخامسة من سورة التوبة فيجب أن تقرأ مع الآيات ١ — ١٣ من السورة ذاتها حتى نستطيع أن نتبين معناها الصحيح . ونص الآيات الكريمة كالتالي :

« براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا في الأرض أربعة أشهر واعلموا أنكم غير معجزي الله وأن الله مخزي الكافرين ، وأدان من الله ورسوله إلى الناس يوم الحج الأكبر أن الله بريء من المشركين ورسوله فإن تبتم فهو خير لكم وإن توليتم فانقلبوا على أعقابهم إن أولي النعاس مما آلوا خير لكم يأتون من المشركين ثم لم ينتصروكم شيئاً ولم يظاهروا عليكم أملاً فاتوا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين . فإذا انسלخ إليهم فقاتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذلوه واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم إن الله عفور رحيم . وإن أحد من المشركين استحارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأثم ذلك بأنهم قوم لا يعلمون . كيف يكون للمشركين عهد عند الله ورسوله إلا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم إن الله يحب المتقين . كيف وإن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلا ولا دمة يرضونكم بأفواههم وتأبى قلوبهم وأكثرهم فاستون . استروا نآيات الله تمنا قليلاً فصدوا عن سبيله إنهم ساء ما كانوا يعملون . لا يرقبون في مؤمن إلا ولا دمة وأولئك هم المعتدون . فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فإخوانكم في الدين ونفصل الآيات لقوم يعلمون . وإن نكثوا إيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا في دينكم فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا إيمان لهم لعلهم ينتهون . ألا تقاتلون قوماً نكثوا أيمانهم وهموا بإخراج الرسول وهم بدؤواكم أول مرة » أتخشونهم فالله أحق أن تخشوه إن كنتم مؤمنين » .

وجلى أن الآية الأولى التى تحدد لمن وجهت الآيات إنما تتوجه إلى « المشركين » وأنها تخص من بين المشركين أولئك الذين لا عهد لهم والذين « إن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلاّ ولا ذمة » . والحق أن تلك الآيات نزلت فى المدينة وقت أن انتهكت قريش عهد الحديبية وهاجم حلفاءها حلفاء المسلمين من بنى حزاعة . ولذا فإن الآيات أعطت قريشاً أربعة أشهر للتسليم وإلا هاجمهم المسلمون . والذى حدث أن مكة استسلمت ولذا فإن الآيات لم تطبق عملاً . ولذا استثنت الآيات صراحة الذين لم ينقضوا العهد ولم يظاهروا على المسلمين والذين عاهدوا واستقاموا على عهدهم . وبدهى أن هذا المنطق يسقط ضمناً احتجاج العيني بالآية الثانية العشرة من سورة التوبة التى اجتزأ العيني منها ما يؤيد دعواه ولو أنه ذكرها كاملة لانهار استشهاده لأن الآية تبدأ بقولها « وإن نكثوا إيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا فى دينكم » فكان ذلك الصدر هو حيثية الإذن بالقتال . وذلك أيضاً هو مفعله العيني فى الآية ٢٩ فالذى ذكره هو جزء من الآية وقد ذكره على نحو يعنى معنى الآية لأن الآية تكاملة تدل على أن الحكم يتعلق بفريق فحسب من أهل الكتاب حيث ورد فيها قوله تعالى « من الذين اوتوا الكتاب » . وتبعاً فإن القتال إنما يوجه إلى أولئك من أهل الكتاب الذين ارتكبوا الفعال التى وصفت فى صدر الآية (أنظر عزت دروزة — الدستور القرآنى فى شؤون الحياة ، القاهرة ، ص ٢٣٥) وبخلاف الشراح حول هذه الآية فالبعض يقول إنها كانت مقدمة لحملة تبوك التى تجهز لها المسلمون ضد بيزنطة فى قيظ الصيف المميت ، والبعض يقول إنها تتعلق بحملة خيبر ، والأمر هنا سياتى لأن الحملتين جهزتا لاعتبارات دفاعية وليست عدوانية ، وإذن فالآية لا تأمر بقتال أهل الكتاب كافة وإنما تخص منهم فريقاً لا يؤمن بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرم ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق . وذلك فهم يزكّيه ما جاء فى الآيتين ٣٢ ، ٣٤ من السورة ذاتها . يقول عز من قائل « يريدون أن يطفئوا نور الله بأفواههم ويأبى الله إلا أن يتم نوره ولو كره الكافرون » . « يأبى الذين آمنوا إن كثيراً من الأحبار والرهبان ليأكلون

أموال الناس بالباطل ويصدون عن سبيل الله . وإذن فالأمر متصل بمحاولات يقوم بها فريق من أهل الكتاب بخاربة دين الإسلام .

ويذهب العيني إلى أن الآية ٢٩ من سورة التوبة — مربوطة بالآية ١٩٣ من سورة البقرة — تنسخان الآية ١٩١ من سورة البقرة ، ولكن هذا الرعم لا يقوم على أساس ، ثم إن الآيتين اللذين ذكرهما (البقرة / ١٩٣ والتوبة / ٢٩) لا تحضان على حرب عدوانية ، كما أوضحت آنفا .

أما الآية ٤١ من سورة التوبة فتستحث المسلمين على محاربة ييزنطة . والتعنه أن الرسول ابىء بأن ييزنطة تعد العدة لئمر الجزيرة العربية واستئصال الإسلام فلم يكن أمامه من بد في صيف سنة ٦٣٠ م ، وعلى الرغم من نكوص بعض أسعابه ، إلا أن يدعو إلى هجوم مضاد ، فلما وصل جيش المسلمين نبرك كانت قوات ييزنطة قد انسحبت . ولما كان العصد من الحملة دفاعياً فقد عاد الرسول بـهاله دون قتال (أنار محمد حسين هيكل — حياة محمد — القادة ١٩٣٥ ، ص ٤٢٥ — ٤٣٠) ويستطيع أن يؤيد هذا التفسير بما جاء في الآيات ٣٨ — ٤١ من السورة دالها التي تقع هذه الآية بيها . وأورد فيما يلي نص الآيات الكريمة . « يأيها اللذين آمنوا مالكم إذا قيل لكم انفروا في سبيل الله اثاقلتم إلى الأرض أرضيتم بالحياه الدنيا من الآخرة فما متاع الحياة الدنيا في الآخرة إلا قليل . إلا تنفروا يعذبكم عذاباً أليماً ويسنبدل قرماً غيركم ولا تنفروا سيئاً والله على كل شيء قدير . إلا تنصروا فقد نصره الله إذ أخرجنا اللذين كفروا ثاني اثنين إذ هما في الغار إذ يقول لصاحبه لا تحزن إن الله معنا فأنزل الله سكينته عليه وأيده بحدود لم تروها وجعل كلمة اللذين كفروا السفلى وكلمة الله هي العليا والله عزيز حكيم . انفروا خفافاً وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون . لو كان عرضاً قريباً وسفراً قاصداً لاتبعوك أولكن بعدت عليهم الشقة وسيحلفون بالله لو استطعنا لخرجنا معكم يهلكون أنفسهم والله يعلم إنهم لكاذبون . »

إن الآيات — كما هو واضح من سياقها — تعيب على المسلمين الذين تخلفوا عن القتال وتطالبهم بأن ينصروا خفافاً وثقالاً وأن يجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله ولكنها لا تأمرهم بقتال عدواني . إن كل ما تنص عليه الآيات هو تحذير المسلمين من التحلف عن دعوة الإمام للجهاد .

ويعتمد ابن حجر والخلبي على الآية ٣٦ من سورة التوبة — التي يسميها البعض بآية السيف — وتقول الآية « وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة واعلموا أن الله مع المتقين » . إن منطق الفقيهين في الاستشهاد بهذه الآية يعتمد على أن لفظة « كافة » تعني كل فرد دون استثناء وهذا ينتهي بنا إلى منطق متناقض لأن القول بأن الآية تعني أن كل فرد مسلم — بلا استثناء — مأمور بأن يقاتل كل فرد مشرك — بلا استثناء — لا يتفق مع المدأ الذي اوردته الآية ١٢٢ من السورة ذاتها « وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين وليذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون » . ثم إن الآية تشير إلى أن المشركين يقاتلون المسلمين وتبعاً فإن قتال المشركين في منطق الآية الكريمة هو قتال دفاعي لأن الآية استخدمت الفعل المضارع في وصف قتال المشركين الأمر الذي يدل على أنه قتال ظل مستمراً إلى وقت نزول الآية بل لعله باق إلى الآن . والرأي الذي ارجحه هو أن لفظة « كافة » كانت تعني الوحدة وليس التمول العددي ؛ أي أن الأمر هو أن يحرص المسلمون على وحدتهم فيكونوا يداً واحدة في قتال المشركين لأن ذلك هو ما يفعله المشركون في قتالهم . وفي قول آخر فإن الآية تحت المسلمين على طرح خلافاتهم وراء ظهورهم لدى قتالهم للمشركين .

ونجمل من المستشرق البريطاني توماس ارنولد أن يقول إن النظرة إلى الجهاد على أنه حرب عدوانية إنما تعود إلى بعض الفقهاء المسلمين وأن يعلق بأن تلك النظرة لا أساس لها من القرآن وإنما ترجع إلى اجتزاء بعض الآيات من مواقعها بعيداً عن كامل مضمونها (انظر Arnold, Sir Thomas- The Preaching of Islam, 3 ed., London 1935, p. 352.)

نقت آيات ثلاث في القرآن يمكن أن تكون دريعة من يدعى أن النظرية الإسلامية تقوم على الحرب العدوانية . وأول هذه الآيات هي قوله تعالى « وقاتلوا في سبيل الله واعلموا أن الله سميع عليم » (البقرة / ٢٤٢) .

وقد ربط المراغى في تفسيره لتلك الآية بينها وبين الآية السابقة عليها (البقرة / ٢٤٣) ونصها « ألم تر إلى الذين خرجوا من ديارهم وهم ألوف حذر الموت فقال لهم الله موتوا ثم أحياهم إن الله لذو فضل على الناس ولكن أكثر الناس لا يشكرون » . ويقول إن هذه الآية سبقت لإقناع المسلمين بالدور عن استئصال دولتهم وحقنهم في البقاء وهو موضح الآية ٢٤٢ ، وذلك بالربط بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة وإبرار مدى تشابك المصلحتين . ويؤكد المراغى أن هذه الآية لا شأن لها بالحرب العدوانية . وأغلب الظن أن هذه الآية نزلت في أول عهد المسلمين بالمدينة وقبل معركة بدر وقت أن كان المسلمون لا يزالون متأثرين بسلوكهم في مكة ألا وهو عدم الالتجاء إلى العنف (راسم أحمد مصطفى المراغى — تفسير المراغى — القاهرة ١٩٨٣ ، ص ٢٠٦ — ٢١٠) . ثم إن لفظة « قاتلوا » لا تعنى حتماً ولزماً أن يكون القتال عدوانياً لا سيما وقد قيدت الآية القتال بأن يكون في سبيل الله ، والله لا يحب المعتدين .

والآية الثانية هي الآية ٧٣ من سورة التوبة وتقول « يأياها النبي جاهد الكفار والمنافقين واغلق عليهم ومأواهم جهنم وشئ المصير » . والحق إننا لا يمكن أن نفهم الجهاد في هذه الآية على أنه الجهاد العسكري ذلك أن الآية تتعلق بالكفار والمنافقين معاً . ومن أحكام النظرية الإسلامية أن المنافقين مسلمون وتبعاً فلا يمكن قتالهم أو رفع السيف في وجههم . ولو أن الجهاد في هذه الآية يعنى القتال لا تقاعس الرسول ﷺ عن تنفيذ صد المنافقين . إن موقف الرسول من المنافقين تصفه الآية ٤٨ من سورة الأحزاب وتقول « ولا تطع الكافرين والمنافقين ودع أذاهم وتوكل على الله وكفى بالله وكلاً » . والآية صريحة في استبعاد الجهاد العسكري في علاقة الرسول ﷺ

بالمنافيين . وتؤكد هذه النظرة الآية ٧٤ التي تلى الآية محل المناقشة مباشرة ونصها « يحلفون بالله ما قالوا ولقد قالوا كلمة الكفر وكفروا بعد إسلامهم وهموا بما لم ينالوا وما نقموا إلا أن اغناهم الله ورسوله من فضله فإن يتوبوا يك حيراً لهم وإن يتولوا يعذبهم الله عذاباً أليماً في الدنيا والآخرة وما لهم في الأرض من ولي ولا نصير » . إن هذه الآية توضح السبب الذي من أجله طلب إلى المسلمين مجاهدة المشركين والمنافيين فهي تهم المشركين والمنافيين بارتكاب ذنوب وتطلب أن يكون الجهاد هو القصاص لذلك . ولذا فإننا حتى لو فهمنا الجهاد بأنه جهاد عسكري فنحن لازلنا أمام صورة من صور الدفاع وليس العدوان . إن الجهاد هنا ردع يدفع عن الذات أو مساعدة للذات .

أما الثالثة فهي الآية ١٢٣ من سورة التوبة « يأياها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار وليجدوا فيكم غلظة واعلموا أن الله مع المتقين » . والحق أن هذه الآية تناقش مسألة اجرائية وليست موضوعية . فهي تعالج التكتيك الإسلامي وتوضح بأن أسلم طريقة لهزيمة العدو هو البدء بمن هو أقرب من الأعداء لأنه هو العدو الأكثر تهديداً . ومن ثم فإننا يجب ألا نتوسع دون مبرر في تفسير الآية فنزعم بأنها تفرض حكماً موضوعياً عاماً ينطبق على الكفار جميعاً .

ويزيد مشكلة فهم أحكام الآيات القرآنية بالنسبة للجهاد ما يقول به نفر من المستشرقين الذين قد يكون لهم بعض العذر لأن الكثير من ترجمات معاني القرآن الكريم ليس دقيقاً .

ويحلو لي هنا ان اذكر بأن من بين الوسائل التي يسلكها القرآن الكريم في تعليم الناس اعطاء الأمثلة العملية والتعليق عليها هداية للبشرية — ومن ثم فإذا أورد القرآن نموذجاً على أنه حسن فلا بد أن يكون هذا من بين النماذج التي يستهد بها المسلمون والعكس صحيح . وجدير بالذكر أن كثيراً من الأمثلة التي ضربها الله للناس في شأن العلاقات الدولية إنما تتعلق بالدبلوماسية اليهودية . ومن أمثلة القصص القرآني ذي المغرى الدولي قصة فرعون « إن

فيه المسلم بأنه « من سلم الناس من يده ولسانه » ويذهب البعض إلى أنه « من سلم المسلمون من يده ولسانه » . إن هذا الوصف هو الخلفية التي يجب أن تفسر أحاديث الجهاد في إطارها .

يورد العيني في « النايه » قول الرسول « إن الجهاد باق إلى يوم القيامة » .
ريتم في الحديث « من سلم الناس من يده ولسانه » ولكن هذا الحديث مسمى لأن
الجهاد ليس هو القتال بل هو إزالة أسباب الفساد من الأرض وإزالة أسباب
بناء الجهاد إلى يوم القيامة لا يعني سوى أن المسلمين سربوا في الجهاد ما هم
بالدفاع عن دينهم إلى يوم القيامة .

والحديث الثاني يقول « أمرت بأن أقاتل الناس حتى يشهدوا بأن لا إله إلا
الله » . وطبعاً أن الحديث لا يمكن أن يناقض القرآن ولذا فإننا لا نرى أن
يذهب هذا الحديث إلى أنه أمر بجهاد عدواني حيث إن القرآن كما اورد الحديث ليس
فيه أمر بهذا المعنى . إن الأمر الذي يثير إليه الحديث هو ما ذكرناه من أن
ولا يشرى أن الله قد أمر رسوله بشن حرب ضد الناس إلى أن يبدوا بالإسلام
والوعدة الحسنة . وإذن فالمفهوم المطبق للحديث هو أنه لا يتعلق ببدء
الحرب وإنما يتعلق بانتهاء الحرب ، وفي قول آخر فإن الحديث يعني أن الرسول
ﷺ قد أمر بانتهاء القتال إذا ما شهدا الناس الذين بذلهم برحمة الله .
ولا ننسى أن الرسول قد أمر ... سى أثناء نشوب القتال ... بإجازه المشترك
الذي يستتبعه « وإن أحد من المسلمين آمن واستأذنه فأحره حتى يسمع كلام الله
ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون » (السورة / ٦) .

وبعد على العفل أن يتقبل فكرة أن الرسول كان يشر بحرب عدوانية في
ظروف قتال، التي عاش فيها وقد بدأت باعتداء قريش عليه في مكة ثم طلب
قريش تلاحقه حتى بعد هجرته إلى المدينة . وقد جعلت منه قريش خارجاً على
قانونها بل إنه في داخل المدينة كان يواجه المارقين واليهود . فكيف يتسنى

لِلرَّسُولِ ﷺ وَقَدْ خَبَرَ تِلْكَ الْحَيَاةَ الْقَلْقَلَةَ أَنَّ يَكُونُ مُعْتَدِيًا وَهَلْ يُمْكِنُ أَنْ نَجِدَ تَفْسِيرًا لِالْتِحَائِهِ إِلَى الْقُوَّةِ فِي غَيْرِ مَدْرَكِ الدِّفَاعِ الشَّرْعِيِّ .

يَدْعَى الْبَعْضُ أَنَّ الرُّوحَ الْعَدَوَانِيَّةَ تَبَدَّتْ فِي الرِّسَائِلِ الَّتِي بَعَثَ بِهَا الرَّسُولُ إِلَى مُلُوكِ وَحُكَّامِ الدُّوَلِ الْمَجَاوِرَةِ ، وَتِلْكَ دَعْوَى لِعَمْرِ الْحَقِّ بَاطِلَةٌ فَالرَّسُولُ ﷺ كَانَ يَدْعُوهُمْ بِدَعْوَةِ الْإِسْلَامِ وَيَنْصَحُهُمْ بِأَنَّ إِسْلَامَهُمْ يُوَفِّرُ لَهُمُ السَّلَامَ .

وَهَكَذَا أَقُولُ فِي صَدَقَ وَإِيمَانُ إِنَّ آيَاتِ الْكَرِيمَةِ وَالْأَحَادِيثَ الشَّرِيفَةَ لَا تَهْضُ دَلِيلًا عَلَى أَنَّ الْجِهَادَ فِي النِّظَرِ الْإِسْلَامِيَّةِ جِهَادٌ عَدَوَانِيٌّ . وَلَقَدْ ذَهَبَ فَفُقَهَاءُ الْحَقَبَةِ الْأُولَى — مِثْلُ ابْنِ عَمْرٍو وَابْنِ شَيْبَةَ وَعِظَاءُ وَسُفْيَانُ النَّوَوِيُّ — إِلَى أَنَّ الْحَرْبَ لَيْسَتْ وَاجِبَةً دِينِيًّا وَأَنَّهَا لَا إِلْزَامَ فِيهَا إِلَّا بِضَدِّ مَنْ يَعْتَدُونَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ .

وَحَرَى بِالذِّكْرِ أَيْضًا أَنَّ أُورِدَ هُنَا كَلِمَةٌ عَنِ السَّنَةِ الشَّرِيفَةِ الَّتِي تَسْتَفَادُ مِنْ مُمَارَسَاتِ الرَّسُولِ ﷺ لَنَرَى إِلَى أَى مَدَى تَتَوَاعَمُ أَوْ تَتَعَارِضُ مَعَ مَدْرَكِ الْجِهَادِ الْعَدَوَانِيِّ .

لَقَدْ كَانَ الْعَمُودُ الْفَقْرِيُّ لِلْسِّيَاسَةِ الْخَارِجِيَّةِ لِدَوْلَةِ الْمَدِينَةِ فِي عَهْدِ الرَّسُولِ هُوَ الْعَمَلُ عَلَى تَوْحِيدِ الْعَرَبِ وَهُوَ قَرِيبٌ مِمَّا نَطْلُقُ عَلَيْهِ الْيَوْمَ مُصْطَلَحَ « الْقَوْمِيَّةِ الْعَرَبِيَّةِ » ، وَلَمْ تَكُنْ هَذِهِ السِّيَاسَةُ لِتَتَّقِيدَ بِمَبَادِيءِ الْقَانُونِ الدَّوْلِيِّ فِي مَفْهُومِهَا الدَّقِيقِ لِأَنَّ الْقَانُونِ الدَّوْلِيَّ لَا يَهْتَمُّ كَثِيرًا بِنِظَرِيَّاتِ الْقَوْمِيَّاتِ وَلَا بِالْخُطُوبَاتِ الْقَوْمِيَّةِ الَّتِي تُوْدِي إِلَى تَحْوِيلِ الْأُمَّةِ إِلَى دَوْلَةٍ . وَلِذَا فَإِنَّا لَا نَسْتَطِيعُ أَنْ نَقِيسَ الْعِلَاقَاتِ الدَّوْلِيَّةَ الْخَارِجِيَّةَ لِلدَّوْلَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ النَّاشِئَةِ حِيَالِ الدُّوَلِ غَيْرِ الْإِسْلَامِيَّةِ عَلَى نَمَطِ السِّيَاسَةِ الْخَارِجِيَّةِ لِلدُّوَلِ الْمَعَاظِرَةِ لِأَنَّ الْكَثِيرَ مِنْ مَفَاهِيمِ تِلْكَ السِّيَاسَةِ كَانَ مُوجَّهًا إِلَى الْعَرَبِ . ذَلِكَ أَنَّ النِّظَرِيَّةَ الْإِسْلَامِيَّةَ تَعْتَبِرُ أَنَّ الرَّجْدَةَ الْعَرَبِيَّةَ هِيَ حَجَرُ الزَّائِيَّةِ فِي تَدْعِيمِ أَرْكَانِ دَارِ الْإِسْلَامِ وَنَقْطَةُ الْبِدَايَةِ فِي دَعْمِ الْإِعْلَامِ الْإِسْلَامِيِّ . وَمِنْ ثَمَّ فَإِنْ بَعْضُ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي وَجَّهَتْ لِلْمُشْرِكِينَ الْعَرَبِ وَالَّتِي قَدْ يَرَى فِيهَا بَعْضُ الْفُقَهَاءِ مِثْلًا لِلْجِهَادِ الْعَدَوَانِيِّ لَا تَمَثِّلُ نُمُودَجًا لِلْسِّيَاسَةِ الْعَامَّةِ

للدولة الإسلامية . ومع ذلك فإن الدولة الإسلامية اتخذت موقفاً عدوانياً من مشركي العرب على الرغم مما عاناه النبي من عدوانهم ومالقيه من عنتهم لقد رصد مشركو مكة جائزة سخية لمن يأتي بمحمد حياً أو ميتاً واتصلوا بعبد الله بن أبي راس النخاع في المدينة لليل من محمد . واستخدموا قوافلهم في الشتاء والصيف لاستعداد القبائل عليه ، وشجعهم اليهود في مسعاهم . ولم يكن عجباً أن يعلنها أبو جهل عالية مدوية في الحرم أمام سعد بن معاذ إن عداوة مكة للمدينة لن تهدأ ما بقي محمد بين طهراني أهل المدينة . وهكذا كانت حياة الرسول في خطر والمدينة تتوقع حركات عدوانية من مكة بين لحظة وأخرى بل وتهدها حرب أهلية في داخلها — وسعاً فإن رحلاً يعيش في مثل هذه الظروف لا يمكن أن يقال عنه إنه معتد إن هو لجأ إلى القوة ضد قردن للدولة عن دينه وداره .

أما علاقة الرسول ببيزنطة فيجب ألا يغيب عن بالنا ونحن نقومها أن سوريا — وهي الحاجز بين الجزيرة وبيزنطة — أرض عربية ، والمطامير إذاً إذا حل في حوزة القومية العربية . ومع ذلك فإن أول حملة وجهها الرسول إلى سوريا كانت لأغراض دفاعية . ويعترض البعض بزعم أن هذه الحملة كانت انتقاماً لمقتل الخمسة العشر مسلماً الدين وجههم الرسول ﷺ إلى ذات الطلع للتبشير بالإسلام . ويزعم آخرون أن ذلك كان اقتصاصاً لمقتل مبعوثه إلى حاكم بصره . والحق إننا حتى لو سلمنا بصحة هذا الاعتراض فإنه يزكي أن الحملة كانت رداً على تصرف عدواني ضد المسلمين . كذلك كانت حملته إلى تبوك حملة دفاعية كما أسلفت .

وهكذا فإن الرسول لم يتن في حياته حرباً هجومية وإنما كانت حروبه كلها دفاعية ، الأمر الذي يؤكد أن الجهاد دفاعي .

يتضح مما سلف أن فكرة الجهاد العدواني هي من خلق فقه زاغ بصره في القرآن وضلت نظرت في الحديث وأن المذهب التقليدي إنما يعكس تأثيره بالظروف التي عايشها في العصرين الأموي والعباسي فلا غرو أن يقيم البعض

مقارنة بينه وبين التصور الإغريقي الرومانى للقانون الدولى من حيث الطبيعة الدينية للحرب وتقسيم العالم إلى قسمين : عالم الرومان وعالم البرابرة .
إن القاعدة الذهبية التى تحكم نظرية الحرب فى الإسلام هى فيما اعتقد قوله تعالى « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا » (البقرة / ١٩) .
إننا نعيش اليوم فى عالم يحرم — ولو نظرياً — استخدام القوة أو التهديد باستخدامها وبضيق من حدود الدفاع الشرعى ومن ثم فإن التمسك بالمفهوم التقليدى للجهاد على أنه قتال فحسب قد يضيف ذريعة يحتج بها الطاعنون على فكرة السلام فى الإسلام . ولا إنحالى إزاء هذا إلا مؤيداً للرأى بأن الجهاد يمكن أن يعنى اليوم مفهوماً أوسع يشمل — إلى جانب القتال — وسائل أخرى من الإكراه غير العسكرية ولعل الإكراه غير العسكرية النموذجى هو الإكراه الاقتصادى ذلك أن الاقتصاد عدا فى العلاقات الدولية المعاصرة بمثابة عمودها الفقرى ، ومن هنا فإن الحزاءات الاقتصادية قد تكون أشد وأنكى فلا عرو أن اصنف المقاطعة البترولية فى أوائل السبعينيات على أنها صورة من الصور الحديثة للجهاد . وأجد لقولى هذا دعامة فى الآية الكريمة . « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل » (الانفال / ٦٠) ذلك أن رباط الخيل قد يكون إشارة إلى القوة المسلحة ، أما لفظة « القوة » التى اطلقت دون قيد فتصرف إلى كافة أنواع القوة ، وفى قول آخر فإن القوة — وقد وردت دون أوصاف — يجوز أن تكون قوة اقتصادية . وأرانى غير مجانب للحق ولا للمعرفة العلمية إذا قلت إن المبدأ العام فى السلام هو « فما إستقاموا لكم فاستقيموا لهم إن الله يحب المتقين » (التوبة / ٧) .

يهدون بالحق وبه يعدلون :

يبد أن الذى احب أن أسجله هنا هو أن الحضارة الإسلامية تحملت أمانة التقدم الإنسانى فى الشرق ومناطق من الغرب خلال العصر الوسيط ، وأن الفكر الإسلامى كان المعبر الذى عبرت عليه أفكار ثقافة اليونان والرومان إلى الغرب سواء أكان ذلك عن طريق إيطاليا واسبانيا أم إبان الحروب الصليبية .

ولا ننسى — ونحن في مجال التحدث عن الخلفية التاريخية للقانون الدولي — أن الفقه الإسلامي كان أول فقه يميز في الدراسة بين القانون والسياسة . وأن دراسة القانون الدولي — كفرع من الدراسة القانونية الخالصة — قد تحققت على يد المجتهدين المسلمين قبل نيف وثمانية قرون من ظهور جروسويس وأسلافه من الفقهاء اللاهوتيين العربيين . وتفخر الآثار الإسلامية بكتاب « السير الكبير » لمحمد بن الحسن الشيباني الذي يوضح أحكام سلوك الدولة الإسلامية حيال المشركين والكفار . بل وقد سبق هذا الكتاب في تاريخه مراسيم جراسيان Gratien بثلاثة قرون إن صح أن نعتبر هذه المراسيم بمثابة تقنين مبكر لقانون الحرب العربي .

يقول نيس إن المسلمين قد وضعوا قواعد إنسانية للحرب منذ عهد مبكر وهي التي أخذ منها الإسبان أفكارهم الأولى في أحكام الحرب (Nys, Ernest- Les Origines du Droit International, Bruxelles, 1894, pp. 201-210) . وهو في هذا محق لأننا نشهد مدى تأثر الفكر الإسباني بالمفاهيم الإسلامية إذا رجعنا إلى القواعد التي ضمتها الأجزاء السبعة Siete Partidas الإسبانية .

لقد كانت دمشق وبغداد وقرطبة والقاهرة مناهضات النراء ومراكز الثقافة وفيما بينها تقع أوروبا غارقة في ظلام العصر الوسيط حيث مارس العرب نشاطاً تجارياً ملحوظاً وصل بهم إلى أقصى الشمال دليله العملات العربية الكثيرة التي عثر عليها في السويد . وعن هذا الطريق — أي طريق التجارة — كان للعرب تأثيرهم على المبادئ القانونية عموماً ، فلا غرو أن يشيد بعض المستشرقين بالمستوى الرفيع للفكر القانوني الإسلامي وخاصيته المتجددة التي أهلتها لأن يبقى بمؤثراته مع مسيرة الزمان .

إنني لا أدعي أن الإسلام جاء خلافاً في كافة مناحي الدراسة القانونية ولكنه كان — على الأقل — يمثل وثبة عريضة بالنسبة لما سبقه من نظم إغريقية ورومانية فهو أول من رتب أحكاماً تقر للعدو بحقوق واضحة سواء أكان ذلك في الحرب أم في السلم .

وإذا كانت بعض المؤلفات قد ذكرت طرفاً عن المعاهدات التي أبرمها إمبراطور بيزنطة — ثم من بعده المدن الإيطالية — مع حكام المسلمين على أنها من عوامل التأثير في تطور القانون الدولي ناسبة ذلك الجهد إلى بيزنطة أحياناً وإلى المدن الإيطالية أحياناً فإنه يمكن أن ينسب أيضاً — وعلى المستوى ذاته — للدولة الإسلامية .

قلت في خطبة الكتاب إن بعض مؤرخي القانون الدولي الغربيين يهتمون القانون الدولي الإسلامي بأنه غامض وشحيح القواعد وأن أهم موضوعاته هي الحرب (Nussbaum, op. cit., p. 51) . وهذا القول فيه افتشاح وقصور . أما أن أحكام القانون الدولي الإسلامي غامضة وشحيحة فهذا ما أتولى الرد عليه على مدى الدراسة التي يشملها هذا الكتاب . وأما أن القواعد التي اهتم بها الفقهاء المسلمون التقليديون كانت تنصب أساساً على الحرب فهذا أمر مرجعه ظروف الدولة الإسلامية التي عاشت في حروب شبه مستمرة . وسبق أن قلت إن جروسيوس سلك المسلك ذاته في كتابه عن الحرب والسلام ولم يكن هذا مأخذاً يؤخذ عليه لأنه إنما كان يستجيب إلى حاجات عصره .

ليس من جدل أن الدولة الإسلامية — التي قامت منذ منتصف القرن السابع الميلادي — جاورت بتخومها في العصور المختلفة جماعات غير إسلامية ، وأن الدولة الإسلامية قامت بينها وبين تلك الجماعات علاقات تطلبت وضع قواعد لتنظيمها ، ولذلك أورثتنا الدولة الإسلامية نظاماً من القانون الدولي هو مانعبر عنه بالفقه الدولي الإسلامي . وقد حرت عادة الفقهاء المسلمين الأوائل على معالجة ذلك الشطر من الفقه تحت عنوان « السير والمغازي » لأنها كانت في غالبها سيرا في المغازي .

والحق أن تلك المجموعة من الفقه الإسلامي لم تلق ما هي جديرة به من عناية الباحثين المحدثين في تاريخ القانون الدولي العام وأحكامه إذ تزعم جمهرة من الكتاب الغربيين أن القانون الدولي المعاصر هو ثمرة من ثمار الحضارة المسيحية

أن جذوره الأولى تعود إلى عصرى الإغريق والرومان مسقطين من حسابهم حقبة العصر الوسيط حيث ازدهرت المبادئ الدولية الإسلامية .

إن تبين الحقيقة في هذا الخصوص يقتضى أن نقارن ما خلفه لنا الإغريق والرومان من مبادئ دولية بما هو قائم الآن لنرى ما إذا كانت الأفكار الإغريقية والرومانية هي حقاً الأصل التاريخي للقواعد المعمول بها الآن أم أننا يجب أن نبحت عن أصل تاريخي آخر لهذه القواعد .

عرفنا مما سبق أن القواعد التى وضعت لتنظيم العلاقات الدولية فى عهد الإغريق كانت قاصرة على علاقة المدن الإغريقية بعضها ببعض الآخر ، فهى إذا كانت نظاماً خاصاً بشعب من جنس واحد يتكلم اللغة ذاتها ويدين بالعقيدة عينها ويرعى عرفاً مشتركاً ، وإن كان قد انقسم إلى وحدات سياسية متميزة . أما الشعوب الأخرى فكانت شعوباً بربرية ، وكان هم المدن الإغريقية هو أن تفرض سيادتها عليها وتمتد نفوذها إليها . ولعل خير مايزكى نظرتنا فى هذا المضمار هى سياسة الإسكندر المقدونى الذى سعى إلى السيطرة على العالم أجمع ليجعل منه مملكة واحدة تدين للإغريق بالولاء والطاعة . فلما انهارت الدولة الإغريقية وآلت الأمور إلى روما آلت معها كذلك فكرة السيطرة العالمية ، وفعلاً تمكنت روما من جعل البحر المتوسط بحيرة رومانية . وبفضل هذه العسكرية الرومانية عاش العالم فترة ما فى سلام يسميه المؤرخون بالسلم الرومانى Pax Romana . ولم يكن هذا السلم قائماً على تعادل القوى بين دول متساوية بل كان نتيجة روح مهيمنة تسعى لقيام دولة عالمية . وهكذا نجد أن علاقة كل من الإغريق والرومان بغيرهم قامت على نزعة الغلبة والاستعلاء ولذا فإن قانونهم الدولى — إن صححت التسمية — كان يهدر كل حق للمحارب ولا يجعل للعدو الأجنبى حقاً سواء فى السلم أم الحرب . فهل يمكن أن نقول إن هذا التراث الإغريقى الرومانى هو الأصل التاريخى للقانون الدولى المعاصر لا سيما فى نطاق الحرب حيث نقر اليوم للمحارب حقوق تظل ملزمة لخصمه على الرغم من قيام الحرب ؟!

لا أظن أننا في حاجة إلى إعمال الفكر لنفي الصلة التاريخية بين الفكرتين :
الإغريقية الرومانية والحديثة . وإذن فأين نتحسس ذلك المصدر التاريخي ؟ .
قد يقول قائل إن المبادئ المسيحية هي المصدر التاريخي هنا ، ولكن هذا
القول يتجاهل فلسفة المسيحية التي مهدى بأن تدبر خدك الأيسر لمن يضربك
على خدك الأيمن وأن تضع سيفك في مكانه لأن كل مأخذ بالسيف يحطمه
السيف ، وتمنع على المسيحي أن يطلب إلى الدولة حمايته باستعمال القوة ، كما
تتجافى قول السيد المسيح بأن مملكته ليست في هذا العالم . ليس منطقياً أن
تنكر المسيحية استعمال القوة وتمج الحرب ثم نقول بعد ذلك إن مبادئها هي
المصدر التاريخي للقواعد التي تنظم الحرب الحديثة . ويزداد الأمر وضوحاً إذا
علمنا أن المبادئ الحديثة للقانون الدولي وضعت في وقت كانت أوروبا أخرج
ماتكون عن أي عصر مضى إلى قوة أخلاقية بعد أن علا الصدا البابوية واران
الدرن على الكنيسة إلى حد دعى جروسفيوس إلى أن يعترف في مقدمة كتابه
« قانون الحرب والسلام » بأن الدول الأوروبية تسلك في حروبها طرقاً يندى
لها جبين البربرية .

لقد كان خوف أوروبا من قوة الإسلام الفتية التي تحاصرها من الشرق
والغرب هو الذي وحدها لأول مرة — منذ أن اعتنقت المسيحية — تحت راية
واحدة لمحاربة الإسلام . وكان اصطدام المسيحية بالإسلام مؤذناً بعصر النهضة
في أوروبا تلك النهضة التي قامت على جهود العرب وعلومهم وأفكارهم . ثم
إن كثيراً من الكتاب الأوروبيين الأوائل في القانون الدولي — أمثال فيتوريا
Vittoria وإياليا Ayala وجنتليس Gentiles ، وهؤلاء الباحثون الذين ليس
لأعمالهم نظير في الآداب اليونانية والرومانية — كانوا من إسبانيا وروما —
تأثروا بالكتاب الإسلاميين حيث سبق الإسلام إلى منابر العلم والمعرفة في كل من
إسبانيا وإيطاليا على يد الفاتحين ، هذا ولا يجب أن يغيب عن ذهننا أن النهضة
الأولى لعلم القانون الدولي — متميزاً من القانون العام وعلم السياسة — إنما
جاءت على يد فقهاء المسلمين . ومن هنا يجب على كل منصف أن يقر بأن

الفقه الدولي الإسلامي هو أحد المصادر التاريخية للقانون الدولي المعاصر .
ويشاطرنى فى الإقرار بمكانة الفقه الدولي الإسلامي من تاريخ القانون الدولي
العام بعض فقهاء الغرب أمثال نيس (Nys, op. cit., pp. ١٤) وولزى
(Woolseys, Th. D.—International law, New York 1889) والبارون دى
تاوب De Taube (فى مقال له بمجلة أكاديمية لاهى) .

ومن هذا العرض الوجيز يتضح مدى تجنبى من ينكر الدور الذى قام به
الفقه الدولي الإسلامي خلال العصر الوسيط وأثره على القانون الدولي المعاصر
فى مرحلته التكوينية على الأقل ، الأمر الذى يزداد وضوحاً بما أضمنه هذا
الكتاب من شرح لتعاليم الإسلام ومقارنة لمفاهيمه فى مجال القانون الدولي .
ويكفى أن أشير هنا إلى أحد آباء الفقه الدولي الإسلامي—وهو الشيبانى—
يقف من الفقه الدولي الإسلامي موقف الأبوة ولذا قد يكون مناسباً — ان
نعقد بينه وبين جروسىوس — الملقب عند الغربيين بأبى الفقه الدولي — مقارنة
وجيزة .

ليس من جدل فى أن كلا الفقيهين قد خص العلاقات الدولية بجزء كبير من
عنايته وأنهما بذلا فى ذلك السبيل جهداً وضعهما فى مكان الصدارة بالنسبة
للأجيال التى لحقت . ومن ثم فلا يكون من قبيل المغالاة أن نقول إن
الشيبانى — الذى خلف لنا فى سيره الكبير — آراء فقهية مفصلة هو أهل لأن
يسمى بين فقهاء المسلمين بأبى السير وبين فقهاء القانون الدولي العام بأبى
القانون الدولي من حيث إنه هو الذى دون لنا مجموعة كاملة كانت بحق أول
مدونة تناقش قواعد القانون الدولي بوصفه علماً قانونياً له كيانه المستقل . وأنا
لا أتجنب بهذا على جروسىوس الذى جاء بعد قرابة تسعة قرون والذى عاش فى
حضارة وثقافة ومبادئ تأثرت إلى حد كبير بالإسلام وثقافته ، ولنقارن على
سبيل المثال — لتزكية ما أقول — آراء الشيبانى والقواعد التى ضمنها سيره
الكبير فقه جروسىوس فى خصوص حق الغنيمة — وهو البحث الذى أقعد
جروسىوس مقعد الأبوة — ليتأكد لنا أن استاذية الشيبانى لا يمكن إنكارها فى
هذا المجال .

واختلقت الثقافة الإسلامية كانت قادرة على أن تسهم بحياة أكبر في تطوير القانون الدولي لولا القضيعة التي سيطرت على علاقات العرب بالعرب بسبب الموقف العقائدي لكل منهما تجاه الآخر . ولا يمكن أن نضرب العلاقات التي قامت بين الدولتين في تلك الفترة من خلال العصر الوسيط بأنها كانت على حاشية من الأهمية على الرغم من السمات المتعددة التي تبادلتها الطرفين والمرايا التي منحها خليفة الإسلام بن الحجاج بيت المقدس من الأوروبيين إذ لم تخلف هذه العلاقات معاهدات بين الجانبين وربما كانت الحروب الصليبية هي أكثر أحداث العصر الوسيط أهمية بالنظر في القانون الدولي فيما يتعلق بعلاقة العرب والمسلمين بالمسيحية الأوروبية إذ خلقت لنا هذه الحروب العديد من المعاهدات بين أمراء المسلمين وقراد القراة الصليبية وأمرائها كما أرسى مبادئ لقواعد من السابك الدولي أذكر منها هاهنا الصلح القروسة التي أخذها العريون عن المسلمين ما صحت به الشرط والجدارة لهم فيما بعد .

وكان المأسر أن يؤدي التفارب بين فرنسا وتركيا الذي تمثل في معاهدة ١٥١٥م سآى وقت أن كانت براعم القاسون الدولى الحديث على وشك أن تتمتع — كان المأسر أن يؤدي إلى مزيد من التعاون والتكامل بين الحضارتين لولا غلة المفكرين الذين استهجنوا هذا التردد . وأكثر من هذا أن أوروبا لم تكن على استعداد لاستقبال تركيا ضمن الأسرة الأوروبية الدولية الغضة حديثة النشأة .

الفصل الثانى

فى

التنظيم الدولى الراهن لدار الإسلام

« إن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون »

الفقه التقليدى : العالم داران (اسلام وحرب) :

لعل أول تصور للتنظيم الدولى فى الإسلام كان محاولة الرسول ﷺ جمع الأقاليم المجاورة — فارس وبيزنطة ومصر والحبشة — تحت راية الإسلام عن طريق البعث التى شخّصت إلى تلك البلاد ثم ما أبرمه ﷺ من معاهدات ومأعطاه من عهود لأهل الكتاب فى مناطق متفرقة من الجزيرة العربية . وتعالى فإن ذمة الله ورسوله — فيما أرى — كانت قاعدة التنظيم الدولى الإسلامى المبكر . فلما اتسعت رقعة الإسلام وقويت بفضل الله شوكته اتجه الفقه إلى تأكيد ذاتيته وجمع كلمته فابتدع تصوراً شاملاً يقسم الجماعة الدولية إلى دارين : دار اسلام ودار حرب .

لقد انشغل الفقه الإسلامى منذ باكورة أيامه بتعريف دار الإسلام وتمييزها عن دار الحرب ولكن الفقهاء تفرقوا شيعاً فى تحديد مفهوم الدارين .

فهناك من يضع تعريفاً لكل دار من الدارين على حدة . وذلك المنهاج هو المفضل عند أولئك الذين لا يقتصرون على الدارين فحسب بل يضيفون داراً ثالثة هى دار الصلح أو دار العهد أو دار المودعة ، وهؤلاء هم الشافعية . والدار الثالثة دار تستقل بذاتها عن دارى الإسلام والحرب ولكنها تدفع الجزية لدار الإسلام أو تتنازل عن جزء من إقليمها لدار الإسلام . وأحب أن أدرج هنا ما يطلق عليه البعض « دار الدعوة » حيث تتوفر للدعوة الإسلامية وسائل التوعية بها فلا تلقى عنثاً ولا ثبوراً . ويعتمد هذا الرأى على سابقتين فى الإسلام إحداهما عهد الرسول ﷺ لنصارى نجران إذ أمنتهم على ما لهم

وأنفسهم لقاء الرأى مال . ولكن المعص وكيف الوضع على أنه مباحة لأن
الالتقاء في هذا حراج وليس حرية . والثاني العهد الذي أبرمه عبد الله بن
سعد بن أبي بكر كان مع أهل النوبة بعد أن صدوا حجاج العرب
عن بلادهم . وفيه نصوص كثيرة لحماية المسلمين والدميين الذين يعبرون النوبة
كما تبين أن يدور السريته بتسليح أرقاء . ولكن الحفية لا يرون في هذا العهد
عهد سام بل مدة ووفقا لتبادل المنافع .

وهناك من ذهب دار الإسلام وماعداها يكون دار حرب أو العكس
بالعكس . وهؤلاء هم الحفية ، فهم لا يتصورون أن تبقى دار بعيدة عن طائلة
الفتح الإسلامي . ومن ثم فدار الإسلام عند هذا الفريق — هي حيث يرتفع
لراء الحكم الإسلامي وتعلو سيادته وماعدا ذلك دار حرب

في دار أخرى . دار الحرب هي التي يسبق عليها معيار أو أكثر من المعيارين
التاليين : وماعداها دار اسلام :

- (١) لا تعد أحكام الإسلام سبيلاً إلى التطبيق في ربوعها .
- (٢) أو حرب — لا يأمن المسلم بالدمى على نفسه وماله . وتكون إقامته فيها
محفوفة باخطار .

والقول — على الفهم الأخير — يسمح لنا بأن ندخل الأقاليم التي لا سيد
لها ضمن دار الإسلام حيث يستطيع المسلم أن يجد فيها مستقراً آمناً حتى ولو لم
تخضع لحكم الإسلام (الشوكاني — نيل الأوطار ، الطبعة الثانية ، القاهرة
١٨٥٢ ، ص ٢٨ — ٢٩) .

الفقه التقليدي . نقد وتعليق :

إن الرأى عندى أن الفقه التقليدى في تعريفه لدار الإسلام — على الرغم مما
بذله من جهد — إنما يسيطر القضية أكثر مما يجب بل إنه قد يصل في التبسيط
إلى حد السطحية التي تحار أمام حقائق التاريخ ووقائع العصر . فكيف — على
هدى مما قدمت — نصف الدولة البيزنطية^٩ لقد التزمت بيزنطة في فترة بدفع

ضريبة للمسلمين فهل أصبحت بذلك دار صلح ؟ يصعب أن نقول هذا القول ، ذلك أن ماتعهد تيودومير بدفعه — فى القرن الأول للهجرة — إلى المسلمين لم يكن أكثر من نفاق أراد به تحاشى بطش المسلمين إلى أن تنهيا له فرصة الانقضاى عليهم ، فلا عجب إذن أن تنقض بيزنطة — أو تحاول أن تنقض — عهدها مع المسلمين فى عهد الرشيد فلما كسر شوكتها قبل امبراطورها نيسو فرس وأسرته أن يدفعوا جزية إلى جاب الضريبة (Hamidullah, M., The Muslim Conduct of State, Lahore, 1953, pp. 91-92).

بل إن الأمر يزداد صعوبة اليوم إذا نحن أردنا أن نتخذ من التعريف التقليدى معياراً لتحديد هوية الدول . فهناك دولة مثل تركيا التى يدين شعبها وحكامها بالإسلام ولكن قوانينها تسمح بما لا يقبله الإسلام ، وأخرى مثل السنغال التى تعتق غالبية سكانها الإسلام ولكن ولى أمرها (رئيس جمهوريتها) غير مسلم ، وقد يكون الأمر بالعكس ، كما كان الحال فى حيدر اباد فالمهراجا مسلم والناس فى معظمهم غير مسلمين ، ففى أى الفئات نضع هذه الأقاليم ؟ كذلك يثور التساؤل بالنسبة للإقليم الذى يسيطر عليه البغاة العصاة أبقى دار إسلام — كما يرى الكثيرون — أم أنه ينقلب دار حرب إذا انفصل عن دار الإسلام بدار حرب ؟ .

وعلى كل فقد دبلت فكرة تقسيم العالم إلى دارين وطوتها السنون مع تعاقب الحدثين — بيد أن فكرة جمع الشمل الإسلامى لم تغب عن بال المصلحين ولم تهدأ فى نفوس الدعاة المتحمسين فتبدت خلال القرنين الأخيرين فى صورة دعوات ومبادرات إلى عقد مؤتمرات إسلامية غلب عليها فى البداية الانطواء تحت ظل الخلافة العثمانية ثم تجسدت فى مؤتمرات التأم عقدها فى القاهرة ومكة المكرمة والقدس خلال الفترة من سنة ١٩٢٤ — ١٩٣٥ . واستمرت الجهود خلال وأثناء الحرب العالمية الثانية وكان الحج دائماً مصداً للإيحاء بعقد المؤتمرات الإسلامية . ودارت عجلة الزمان حتى قبض الله للمسلمين مؤتمرات

عميت بإقامة متعضات اسلامية حكومية لعل رائدها هو مستظم المؤتمر
الإسلامي وأخرى تمحضت عن المنظمات الإسلامية غير حكومية . وأتأول فيما
يلي المتطهر المنكر من التوحيد النائم سائياً وبراءة بكلمة موجهة ثم أتبع ذلك
بمحالة عن أبرز المتعضات الحكومية غير الإسلامية (راجع مزيداً من التفصيل
للدكتور : . . . الأهل في كتابه « أصول التنظيم الإسلامي الدولي » ،
القاهرة ١٩٨٨)

ولكن أود — من أن أعرض للتنظيم الدولي الإسلامي الحديث — أن
ألمح إلى حدود امتراض هذا البحث — النزعات الجارية التي تحاول أن
ترسم طريقاً عاماً لتنظيم الدولي المعاصر في النزعات الرئيسة الثلاثة التالية :

١ — نزعة النزعة الليبية ، وتنادى بتدمير عالمي ثالث يوفق بين الاشتراكية
والرأسمالية ، يستدح لذلك تصوراً يحاول إقامة ديمقراطية تطوع مفهومها
الإغريقي للأرضاع الدولية الراهنة . ولكن هذه الدعوة تلقى معارضة
مؤيدة من كثير من الدول الإسلامية .

٢ — نزعة الجماعات الإسلامية التقليدية . وتسعى إلى رتق الانقسامات التي
تعرف باسم الإسلامي المعاصر في ظل تطبيق كامل لأحكام القرآن
الكريم . ولعلك الدعوة صداماً في هبات الإصلاح الحديثة . وجدير
بالذكر أن أحمد بن بلا — الرئيس الجزائري السابق — اسفوحى تلك
البرعمة في سنة المائسة للحكم الحالي في الجزائر .

ويبدو أن هذه النزعة تقابل اليوم من دار الإسلام ودار الجاهلية
بدعوى أن الحكم في معظم دار الإسلام هو بغير ما أنزل الله .

وقد ترنب على هذه النزعة أن حلت الثورة محل الجهاد وأصبحت
هي وسيلة دعائها لاستعادة دار الإسلام التي يأملوها . وهي بذلك
تستند إلى تفسير خاص للنسباسة الشرعية وتثير الجدل حول مدى
شرعية الثورة ضد الحكم إذا كان غير عادل .

٣ — نزعة بيوطنية يحركها بعض المفكرين من ذوى العقليات التى تغلب عليها المفاهيم الغربية وهى تحارب النزعة المتزمتة فى فهم القرآن وتطبيقه وتتجرب الإرهاب السياسى وينادون بعقد اجتماعى للأمة الإسلامية يبتغى حماية الحرية الإسلامية ضد تجاوزات المادية المعاصرة دون أن يتسم بالثيوقراطية أو يميل إلى العلسانية .

مبحث تمهيدى

فى

المؤتمرات

كلمة تمهيدية :

يطيب لى أن استكمل هذا العرض بكلمة عن التنظيم الذى يجمع العالم الإسلامى اليوم حيث تتشاطر أقاليمه دول تستقل كل منها عن الأخرى بما لها من قوام سياسى وكيان قانونى ولم تعد تجمعهم خلافة واحدة كما بدأها عصر الخلافة الراشدة ولا تمسك بزمامه وحدة موحدة كما سار فى العصر الأموى وغلب على حاله فى العصر العباسى . لقد خبت النظرة التى تقسم العالم بين دارين : دار للإسلام ودار للحرب ، وزوت الفكرة التى تقيم العلاقة بين الدارين على أساس الجهاد العسكرى وحلت محلها مفاهيم جديدة لعل أبرز تجسيد لها اليوم هو منتظم الأمم المتحدة الذى تسلك دول العالم — شرقها وغربها — فى عضويته . ولذا كان حريا بنا أن نتساءل عن موقع التنظيم الدولى الإسلامى من التنظيم الدولى الجماعى المعاصر . .

لقد عاشت الأمة الإسلامية فى سبات — بعد أن تفسخت وحدتها فى أواخر العصر العباسى — إلى أن جمعت العسكرة التركية أشلاءها فى عهد آل عثمان ثم عادت إلى الاسترخاء إثر انهيار حكم آل عثمان بعد الحرب العالمية الأولى حتى هبت عليها رياح الخير بعد الحرب العالمية الثانية فراحت تنتفض من

رقدتها وتتلقت حوالها لتجد أن عالم الغد هو عالم الدول العظمى ، فهذا الاتحاد السوفيتي قارة أو بعض قارة ، وتلك الولايات المتحدة جماع عديد من الدويلات وأوروبا بصدد أن تنصهر في ولايات متحدة أوروبية والصين تضم سدس البشر والهند قارة أو شبه قارة ، وهكذا . وفي عالم العمالة هذا لا مكان للأقزام فإنهم لا زاد أو مهدم أو بؤس عظم . فكان على الدول الإسلامية — ودي أولى الدول بالاتحاد وأكثر تجهزاً للتماسك — كان عليها أن تهرع لتواكب الركب ولا تتقاعس عن متابعة المسيرة . وتمثل تلك الجهود التي تدلها الدول الإسلامية البرم — على نواضيتها — في سبيل اللحاق بالقافلة فيما تعقده من مؤتمرات دورية ومماسته من منتظمات دولية . ولذا فإن أقدم للتظيم الراهن لدار الإسلام بعحالة عن مؤتمرات الدول الإسلامية في الحقبة الأخيرة (راجع في الموضوع عمر ما ، عبد الله الأسفل ، أصول التنظيم الإسلامي الدولي ، المرحوم السانق) .

المؤتمرات الإسلامية فيما بين الحربين العالميتين :

استمرت أن أبدأ باستعراض المؤتمرات الإسلامية مع نهاية الحرب العالمية الأولى لأن تلك الحرب تمثل بداية فترة النكسة الأخيرة للعالم الإسلامي وجعلت مهابذ العرض هي الحرب العالمية الثانية لأن تلك الحرب تتواكب مع الصحوه المماصرة . ولما كنت ابتغى من وراء هذا الاستعراض أن أقدم تصوراً مختصراً للقاءات الإسلامية في فترة هجوع العالم الإسلامي واستسلامه للسيطرة الغربية فإن اكتفى بكلمة وحيزة عن أهم تلك اللقاءات .

١ — مؤتمر الحج سنة ١٩٢٤ : وهو مؤتمر نظمه الشريف حسين بغية التجهيز لما كان يحلم به من قيام دولة عربية مستقلة تحت إمارته فأراد دعم حكمه في إمارة المسلمين بمؤتمر إسلامي ، ولذا أعد له ميثاقاً يجعل الوحدة العربية نواة للوحدة الإسلامية ويسعى إلى جعل انعقاده سنوياً .

٢ — المؤتمر الإسلامي العام للخلافة في مصر (٢٥ مايو ١٩٢٦) .:

دعى الأزهر إلى عقد ذلك المؤتمر بهدف تصيب الملك فؤاد ملك مصر وقتئذ ، خليفة للمسلمين ، بيد أن ربح الخلاف التي استعرت داخل المؤتمر انتهت به إلى الـ إلى ، واكتفى المؤتمر بإصدار قرارين اثنين باستمرار هيئة المجلس الإدارية للمؤتمر في مصر وأن تقوم له في مختلف بلاد الإسلام شعب تتعاون مع الهيئة الرئيسة للإعداد لمؤتمرات تالية .

٣ — مؤتمر العالم الإسلامي في مكة المكرمة (١٩٢٦/٦/٧) : كان

طبيعياً أن يكون لمؤتمر القاهرة معقاته في الحجاز حيث يوجد الحرمين الشريفان ، ولذا دعى إمامها الملك عبد العزيز إلى مؤتمر عقد في مكة بعد عدة أسابيع من عقد مؤتمر القاهرة . وقد أسفر المؤتمر عن بعض قرارات ظلت حتمية مادونت عليه س أوراق ، وانتاب مباد داراً للاحتفاء بالوفد الرسمية للتحجيج كل عام .

٤ — المؤتمر الإسلامي العام في القدس (١٩٣١) : ردد أول مؤتمر مجمع

العالمين العرب والإسلامي لمهاجمة الحركة الصهيونية ، ذلك أن النقص من عقده كان ضر محاربة الاستيطان الصهيوني لفلسطين . ولم يقبض له الاستمرار في نشاطه بعد أن حظرت بريطانيا نشاطه

٥ — المؤتمر الإسلامي في جنيف (١٩٣٥) : نتولدت فكرة ذلك المؤتمر

لدى المسلمين المقيمين في أوروبا وسمحت الحكومة السويسرية بعقده على أرضها شريطة ألا يتعرض للقضايا السياسية ولكن قلة الحضور وماعاصر المؤتمر من أحداث عالمية كانت تنذر باندلاع الحرب العالمية الثانية وقف بالمؤتمر عند دورته الأولى فحسب .

تلك هي أهم المحاولات التي عرفها العالم الإسلامي في حقبة ما بين الحربين وقد تعاصرت معها بعض الجهود الأخرى مثل محاولات إنشاء هيئة دولية إسلامية للدفاع عن فلسطين ، وسعى اليابان لاستقطاب المسلمين بانتشاء مأسسته العصبة الإسلامية اليابانية الكبرى وعقد المؤتمر الإسلامي العالمي الأول

في طوكيو تحت رعاية تلك العصابة ، ودعوة وفود إسلامية إلى المعرض الإسلامي في طوكيو سنة ١٩٣٦ حيث كانت تأمل اليابان من وراء ذلك إلى تجنيد المسلمين ضد الحلفاء عندما يجد الحد ويحزب الأمر في حرب عالمية كانت متوقعة وقتئذ .

بيد أن هذا وذاك ذهب أدراج الرياح وضاع في عالم النسيان إثر تفجر الحرب العالمية الثانية ، وكان لابد للعالم الإسلامي من أن يبدأ من جديد .

فيما بعد الحرب الثانية :

بيوت الله تحرق : مؤتمر قمة الرباط (٢٢ — ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٦٩) :

كان لحريق المسجد الأقصى في القدس وقع مروع دفع قادة المسلمين إلى أن يتناسوا ما بينهم من صراع وانعقد شملهم في المغرب بدعوة من ملكها الحسن الثاني « ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه » . وشهدت المؤتمر خمس وعشرون دولة من بين خمس وثلاثين وجهت إليها الدعوة ومثلت عشر منها برؤسائها (الجزائر واليمن والأردن والكويت وموريتانيا والمغرب وباكستان والسعودية والصومال واليمن) . وأبدت كل من الكمرون وغانا وساحل العاج وفولتا العليا ومالديف ونيجيريا وسيراليون وتنزانيا عدم رغبتها في حضور المؤتمر بينما تغيبت سوريا بدعوى أنها كانت قد قطعت علاقاتها الدبلوماسية مع المغرب ، واشترطت العراق لحضور المؤتمر أن تقوم الدول الإسلامية التي لها علاقة دبلوماسية بإسرائيل بقطع تلك العلاقات مسبقاً . وتلك كانت وقتئذ سبع هي تشاد وغينيا وإيران ومالي والنيجر والسنغال وتركيا ، ومن ثم رفضت أن تسهم في المؤتمر .

وقد انعكست خلافات العالم الإسلامي على نشاط المؤتمر وكان أولها مشكلة السماح لمنظمة التحرير الفلسطينية بحضور المؤتمر فهناك من عارض ذلك (إيران وتركيا) وهناك من أصر على حضورها (الجزائر) فاضطرت المغرب إلى دعوة المنظمة كمراقب .

كذلك كان جدول الأعمال محل أخذ ورد عييف فقد حجب معظم المشتركين أن يقتصر المؤتمر على مسألة حريق المسجد الأقصى ومستقبل القدس ولكن البعض (ومن بينهم دسر) أصر على أن تبحث مشكلة الاحتلال الإسرائيلي ومستقبل فلسطين والاحتجاز . وانتهى الأمر بوضوح الأغلبية الإقليمية واتفق على أن يبحث المؤتمر مشكلة الشرف الأوسط برمتها

تم جاءت عقبة كاد أن تتبعثر فيها جهود المؤتمر تلك هي مساهمة الهند . ذلك أنه على الرغم من أن اللجنة التحضيرية للمؤتمر رفضت طلب الهند فإن الراديكاليين من الحاضرين صمموا على دعوة الهند لأنها صديقة للعرب وعدوة الاستعمار وكان لهم ما أرادوا . والعجيب أنها مثلت يومئذ يرأسه شخص غير مسلم والأعجب أن نسبة المسلمين في الهند لا تتجاوز ١٠٪ في حين أن هناك دولاً أخرى — مثل الاتحاد السوفيتي بل وإسرائيل ذاتها — تزيد نسبة المسلمين فيها على ذلك وكان مفروضاً إن نحن سائرنا هذا المطلق أن تدعى متراً تلك الدول . وكان باديهياً أن تعترف بعض الدول المشتركة عن متابعة المساهمة في نشاط المؤتمر إلى أن تنحى الوفد الهندي .

وانتهى المؤتمر ببيان يعلن بالإجماع عن التضامن الإسلامي في القضية العربية وبشجب العمل الإجرامي في المسجد الأقصى ويدعو إلى عودة القدس تحت الهيمنة العربية . وبطالب بإعادة الأراضي العربية إلى ما كانت عليه قبل سنة ١٩٦٧ ويبدى في عبارة عامة تأييده للشعب الفلسطيني ويؤكد الحاجة إلى العمل على توطيد التناصر والمناوئة المتبادلة في كافة الحقول .

ولعل أسمى إنجاز حققه المؤتمر هو قراره بإرساء لجنة لمؤتمرات لاحقة عندما أعلن أن وزراء خارجية الدول الإسلامية سيجتمعون في العام التالي بالسعودية لإرساء تنظيم دولي إسلامي .

عروة وثقى : مؤتمر القمة الثاني : لاهور (٢٢ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٤) :

انعقد مؤتمر ثانٍ للقمة في مدينة لاهور بالباكستان (٢٢ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٤) وحضره ستة وثلاثون ملكاً ورئيس دولة وحكومة . وحضر المؤتمر

الأمين العام للجامعة العربية ووفد مؤتمر العالم الإسلامي والأمين العام لرابطة العالم الإسلامي وبطريك انطاكية وسائر المشرق . وأغلب الظن عندى أن المفهوم الزمنى كثيراً ما يسيطر على قرارات المجتمعين ولذلك نجد أن هؤلاء يعلنون — من بين أمور أخرى — مشاطرة شعوب آسيا وأفريقيا وأمريكا اللاتينية كفاحها المشترك من أجل التقدم الاجتماعى والاقتصادى ورفاهية كافة شعوب العالم وتخطى المصاعب الاقتصادية التى تواجهها الدول النامية (المسلمة وغير المسلمة) نتيحة للزيادة الأخيرة فى الاسعار .

ولحسن الصالح عقد هذا المؤتمر فى جو أكثر هدوءاً من سابقه فقد كان ميزان القوة فى الشرق الأوسط أكثر ملاءمة لصالح العرب إثر انتصار مصر فى رمضان على إسرائيل وماتلاه من مقاطعة فرضتها الدول العربية المصدرة للزيت وماواكب ذلك من زيادة حادة فى أسعار الزيت . كل ذلك أسفر عن درجة غير مسبقة من الوحدة بين العرب ، وكان له صداه فى الشرق والغرب فقد سعت دول كفرنسا واليابان لمجاملة العرب والتعاطف مع قضيتهم ، كما تحسنت علاقة مصر بالسعودية وأنهت العراق نزاعها على الحدود مع إيران وزار القذافى مصر والسعودية وسوى خلافاته مع الدولتين وعادت العلاقات الطبيعية بين السعودية واليمن الديمقراطية واستأنفت سوريا والأردن علاقاتهما الدبلوماسية (التى سبق أن قطعت سنة ١٩٧١) واعتُرفت باكستان باستقلال بنجلاديش التى حضر رئيسها المؤتمر . فلم يكن عجباً أن تحضر المؤتمر ثمان دول جديدة (بنجلاديش والكمرون وجامبيا وغينيا بيساو وفولتا العليا ، وجابون وأوغندا والدولتان ليست بهما أغلبية مسلمة ولكنهما مثلاً برئيسيهما المسلمين) وأصبحت منظمة التحرير الفلسطينية عضواً كاملاً وحضرته العراق للمرة الأولى ولكن كمراقب . وهكذا كان المؤتمر محط أنظار العالم ، وتلقى من مختلف الدول برقيات التهنيت الطيبة .

وركز جدول أعمال المؤتمر على الصراع فى الشرق الأوسط ولذا انتهى المؤتمر إلى قرار بالإجماع يعد بالعمل ضد إسرائيل فى كافة المجالات ويدعو إلى

الانسحاب الفوري غير المشروط من الأراضي العربية المحتلة ويهاجم الدول العربية — وعلى رأسها الولايات المتحدة — التي تساعد إسرائيل ويعترض على تدويل القدس ويطالب بإعادتها إلى الهيمنة العربية ويسأل الدول الإسلامية مد العون لمنظمة التحرير الفلسطينية .

وإدار نقاش حول المساعدات المالية للدول الفقيرة من قبل الدول الراحبة ، وهي طبعا الدول المصدرة للزيت . ولا أريد أن أطيل هنا بتلخيص فحواه ولكن اكنتمى بالقول بأن المؤتمر قرر تبادل المعونة في جهود تحريك الموارد الطبيعية وتعزير التعاون الاقتصادي ولكنه لم يحدد على سبل التفصيل طريق بلوغ ذلك الهدف .

كذلك اعتمد المؤتمر إنشاء جامعتين في أفريقيا إحداهما في البحر والأخرى في أوتندا . وتعاهد المؤتمر على التشاور بقصد اتخاذ موقف . رز . مرحد في الأمم المتحدة وغيرها من اديئات الدولية .

ولم يجع مدوب أفغانستان في جر المؤتمر إلى مناقشة مشكلة بلاده مع الدولة المضيفة (الباكستان) .

كلهم مسلمون : أول مؤتمر لوزراء الخارجية (جلة : ٦٦ — ٦٥ مارس سنة ١٩٧٠) :

أسفر قرار مؤتمر الرباط عن جمع يضم اثنين وعشرين وزيرا التأم عقدهم في جلة لمناقشة موضوعين : فحص العمل الإسلامي المشترك في الرباط وإقامة تنظيم دولي إسلامي دائم يعمل على تدعيم التعاون بين الدول الإسلامية في مجالات السياسة والاقتصاد والثقافة .

والمؤسف أن العراق وسوريا قاطعتا ذلك المؤتمر مرة أخرى وراحتا تناديان بالكفاح المسلح ضد إسرائيل ، كما تخلفت اليمن الديمقراطية عن المؤتمر بسب سوء العلاقات بينها وبين الدولة المضيفة ، كذلك لم تحضر تشاد ومالي . أما منظمة التحرير والجامعة العربية فقد شهدتا المؤتمر كمراقبين .

وافتح الملك فيصل المؤتمر بحديث طويل مثير وعلى الرغم من ذلك حمى وطيس الجدل حول إنشاء المنتظم المزمع . فقد خشيت بعض الدول — ومنها مصر — أن يصبح المنتظم منافساً للجامعة العربية وأن يقع تحت سيطرة الدول المحافظة الموالية للغرب وبعضها على علاقة بإسرائيل ، وذهب البعض إلى أن المنتظم المقترح سوف يكون تكراراً لجهود الأمم المتحدة وكثير من الهيئات الدولية الإسلامية القائمة مما يخشى معه التعارض .

وانتهى الأمر بصدور قرار إنشاء المنتظم واعتضت عليه أربع دول وامتنعت تركيا عن التصويت بمقولة إنها دولة علمانية . واتفق وزراء الخارجية على أن يلتزم شملهم مرة كل عام لمتابعة النشاط المشترك وإمداد العالم الإسلامي بأسس صلبة لتعارفه ، وأن يكون الاجتماع بترتيب دورى بناء على دعوة وإلا فإنه يتم فى مقر المنتظم . وكان طبعياً — إرضاء للدول الثورية — أن يدفع المؤتمر مقال إسرائيل وأن يبدى تضامنه مع الفلسطينيين .

حسنة تتكرر : المؤتمر الثانى لوزراء الخارجية (كراتشى — ٢٦ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٧٠) :

من المؤسف أن هذا المؤتمر الذى حضرته ٢٤ دولة أضاع معظم وقته فى مناقشة وسائل تمويل المؤتمر وكيفية إيجاد اسس جديدة لتنظيم العالم الإسلامى . وانتهى بتعيين السيد تنكو عبد الرحمن بترار — رئيس وزراء ماليزيا السابق — أول أمين عام لمدة عامين .

ولم يفت المؤتمر أن يناقش اقتراحاً باكستانيا بإنشاء بنك إسلامى للتجارة والتنمية ، وكلفت مصر بدراسة المقترح تفصيلاً وتقديم تقرير عنه إلى الأمين العام . كما قرر إنشاء وكالة أنباء إسلامية فى طهران وأن يجرى اجتماع فى الرباط لدراسة إمكانية إقامة مراكز ثقافية حول العالم كذلك طلب إلى الأمين العام إعداد مشروع نظام للمنتظم .

وجرياً على العادة أبدى المؤتمر تأييدهم الكامل للكفاح الفلسطينى

وشعباً العدوان البربري على غيا وأيدوا قرار مجلس الأمن في ذلك الخصوص .

ثالثة تؤكد : مؤتمر وزراء الخارجية في جلة (٢٩ فبراير — ٤ مارس سنة ١٩٧٢) :

كان مفروضاً أن يعقد هذا المؤتمر في كابول (أفغانستان) سنة ١٩٧١ ولكن الأزمة الاقتصادية التي عصفت بأفغانستان أدت إلى العائه . وقد انفق الجهد في اجتماعات خانية كشفت عن تحلف عدد من الدول عن الوفاء باشتراكاتها .

وقد ضم المؤتمر ثلاثين دولة كان من بينها أربع حدد (البحرين وعمار وقطر والإمارات) كما حضرته لأول مرة سوريا — بعد تغير قيادتها — وكذا سيراليون .

وحص المؤتمر مشكلة الشرق الأوسط بكثير من اهتمامه وأوسى بإنشاء صندوق فلسطين يتكون من الهات الحكومية والشعبية لدعم الكما الفلسطيني . كما أبدى قلقه لوضع المسلمين في الفلين . وابتعت المؤتمر وفداً يسعى إلى الإصلاح بين باكستان وبنجلاديش . ووافق على مشروع إنشاء وكالة الأباء الإسلامية بعد أن أصبح مقرها في جلة . وكذا أقر مشروعات المراكز الإسلامية وبنك التنمية الإسلامي وتوج أعماله باعتماد ميثاق للمستظم الذي اصح يحمل اسم « المؤتمر الإسلامي » ويستهدف تعزيز التضامن والتعاون الإسلامي في كافة المناحي .

فذلكة :

أقف عند هذا الحد من تتبع مؤتمرات القمة الإسلامية ووزراء خارجية الدول الإسلامية لأن منتظم المؤتمر الإسلامي جرت الموافقة على مشروعه في المؤتمر الوزاري الثالث الذي عقد سنة ١٩٧٢ وتم تسجيله لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة في أول فبراير سنة ١٩٧٤ وقد ادخلت على ميثاقه بضعة تعديلات تقرر بعضها في مؤتمرات القمة وتقرر بعضها في مؤتمرات وزراء الخارجية .

وقد توالى بعد ذلك مؤتمرات القمة ومؤتمرات وزراء الخارجية فبلغ عدد مؤتمرات القمة عند كتابة هذه السطور خمسة مؤتمرات . وقد عقد مؤتمر القمة الثالث بمكة المكرمة والطائف (دورة فلسطين والقدس الشريف) في يناير سنة ١٩٨١ وصادق المجتمعون — بمناسبة استهلال القرن الخامس عشر الهجرى — على وثيقة تاريخية أطلقوا عليها اسم « بلاغ مكة » ، وهى بمثابة صيغة استراتيجية إسلامية للعهد الإسلامى الشامل لمختلف المجالات . وعقد مؤتمر القمة الرابع بالدار البيضاء في يناير سنة ١٩٨٤ ، وعقد مؤتمر القمة الخامس بالكويت في يناير سنة ١٩٨٧ ، وهو أول مؤتمر تحضره مصر بعد أن رفع تعليق عضويتها .

أما مؤتمرات وزراء الخارجية فقد بلغ عددها سبعة عشر مؤتمراً ويتوقع أن يعقد المؤتمر الثامن عشر بالرياض في الأول من شهر مارس سنة ١٩٨٩ بإذن الله .

والحق أننى أوجزت الكلام عن التنظيم الدولى الإسلامى لأن هذا السفر إنما يناقش القانون الدولى الإسلامى وتبعاً فإن دراسة التنظيم الدولى بتفاصيله تخرج عن إطاره ولهذا اكتفى بالقدر الذى يمهد لمباحث هذا السفر ويعين على استكمال أفكاره

المبحث الأول

فى

المنظمات الدولية الإسلامية الحكومية

١ — المؤتمر الإسلامى :

مولد المنتظم :

ترددت الأصدااء الأولى لفكرة المنتظم فى اجتماع عقد سنة ١٩٥٤ ضم عاهل المملكة العربية السعودية ، ورئيس جمهورية مصر . ثم عادت المملكة

العربية السعودية ومعها إيران لتبشر بالعكرة سنة ١٩٦٤ وتشيع ذا مهندسها الأكبر الملك فيصل عن إيمان وإصرار سعيًا وراء إبرام حلف إسلامي ولكن مصر عارصت الدعوة ووصمتها بأنها دعوة إلى حلف استعماري .

وانقسم العالم الإسلامي حيال التشابك الإسلامي إلى ثلاث كتل :

- (١) كتلة تورية ، وتضم مصر وسوريا والعراق والجزائر واليمن .
- (٢) كتلة محافظة ، تجمع بين السعودية والأردن والمغرب وتونس .
- (٣) كتلة محايدة ، تدرج تحتها الكويت ولبنان والسودان .

ولكن الله شاء لفكرة المنتظم أن ترى بارقا من نور في مقديشيو سنة ١٩٦٤ . عندما اجتمع عدد من ممثلي الأقطار الإسلامية ودعوا إلى عقد مؤتمر إسلامي لبحث مشكلات الأمة الإسلامية وتفقد الوسائل لمعالجتها . وركى تلك الدعوة مؤتمر عقدته رابطة العالم الإسلامي في العام التالي (١٩٦٥) بمكة حيث سأل المشاركون الملك فيصل أن يواصل مساعيه لتحقيق هذا الهدف الإسلامي الكبير وكلفوا أحمد ييلو (نيجيريا) بتقديم تقرير حول ذلك الموضوع .

وتجددت الدعوة في مؤتمر العالم الإسلامي الذي عقد بعمان سنة ١٩٦٧ للنظر في قضية فلسطين وكيفية استنقاذ القدس الشريف من الصهاينة .

وتجلت مشيئة الله في مؤتمر ممثلي الدول الذي انخرط عقده بجدة (١٤ - ١) محرم ١٣٩٢ هـ الموافق ٢٩ فبراير إلى ٤ مارس سنة ١٩٧٢ م) حيث وافق المؤتمر على ميثاق المؤتمر الإسلامي ، وتم تسجيل ميثاقه في الأمم المتحدة بتاريخ غرة فبراير سنة ١٩٧٤ كما أسلفت .

والدول التي ضمها مؤتمر جدة هذا هي أفغانستان والجزائر والإمارات العربية المتحدة والبحرين وتشاد ومصر وغينيا واندونيسيا وإيران والأردن والكويت ولبنان وليبيا وماليزيا ومالي وموريتانيا والمغرب واليهر وعمان والباكستان وقطر والسعودية والسنغال وسيراليون والصومال والسودان وسوريا وتونس وتركيا والجمهورية العربية اليمنية .

وقد أشار المنتظم في ديباحنه إلى مؤتمر القمة في الرباط ومؤتمر وزراء الخارجية الإسلامي الأول في جدة ومؤتمر وزراء الخارجية الثاني في كراتشي . كما أشار إلى الاعتبارات الإسلامية التي دفعت الدول إلى توحيد جهودهم في ظل هذا المنتظم .

منتظم المؤتمر الإسلامي : عرض موجز :
أحكام الميثاق :

يتبع ميثاق المنتظم في ديباجة وأربع عشرة مادة تحدد أهداف ومبادئ المنتظم وهيكله والعصرية فيه وتفسير أحكامه . ويصبح الميثاق نافذ المفعول بعد ايداع وثائق التصديق لدى الأمانة العامة من قبل الأغلبية البسيطة للدول المشتركة في مؤتمر وزراء الخارجية الثالث (انظر تفصيلاً أحكام المنتظم للدكتور عبد الله الأشعل — المرجع السابق ، ص ٨٢ — ٢٦٣) .

وبنم تعديل الميثاق بناء على موافقة وتصديق ثلثي الدول الأعضاء .

وتنقسم العضوية في المنتظم تنسيماً شكائياً — ليس له من عواقب قانونية — إلى فئتين :

(١) عضوية أصلية تضم الدول التي حضرت مؤتمر القمة الأول ومؤتمرات وزراء الخارجية الأول والثاني والثالث على التوالي والتي وقعت على الميثاق . أما الدول التي لم تحضر كل أو بعض هذه المؤتمرات فإنها لا تحصل على العضوية بمجرد التوقيع على الميثاق وإنما تطبق عليها الأحكام الخاصة بالعضوية الجديدة .

(٢) عضوية مكتسبة بالانضمام .

ويحق لكل دولة إسلامية أن تنضم إلى المنتظم بطلب يعرض على مؤتمر وزراء الخارجية في أول اجتماع له بعد تقديم الطلب ، ويتم الانضمام بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء المؤتمر . والواقع أن شروط اكتساب العضوية تبعث على التساؤل إذ مادام أن الدولة إسلامية فلماذا تعلق عضويتها على موافقة موصوفة من الدول الأعضاء وكيف ينسجم هذا مع مقررته الديباجة من أن الأعضاء

الأصلين مقتنعون بأن عقيدتهم المشتركة تشكل عاملاً قوياً لتقارب القوى الإسلامية وتضامنها .

ويبلغ عدد الدول الاعضاء الآن خمسا وأربعين دولة ويمجوز لأى منها أن تنسحب من العضوية بإشعار خطى للأمين العام تبلغ به جميع الدول الأعضاء . وتسوى الخلافات عن طريق المشاورات والمفاوضات أو القوانين أو بالطرق القضائية .

ولم يتضمن الميثاق تعريفاً للدولة الإسلامية « وهناك عدد من المعايير الممكنة لتحديد الصفة الإسلامية للدولة منها المعيار الدستوري حيث ينص الدستور على أنها دولة إسلامية أو دينها الإسلام وليس هذا النص قائماً في كل الدول الإسلامية بل ينص بعضها على أنه دولة علمانية والمعيار الايديولوجى مثل السعودية التى تجعل دستورها القرآن والشرعية الإسلامية والمعيار الكمى مثل نسبة المسلمين إلى مجموع عدد السكان والمعيار الشخصى مثل ديانة رئيس الدولة . وقد جرى العرف على أن تقديم طلب العضوية يعد إقراراً بتوافر هذا الشرط . ونلاحظ بالنسبة لهذا المعيار أن 'تولى رئيس غير مسلم لكل من الكاميرون وأوغندا لم يؤثر على عضويتها فى المنتظم وقد جرى على الترحيب بطلب العضوية دون بحث هذه المعايير والاكتفاء بإبداء الرغبة فى العضوية» (عبد الله الاشعل — المرجع السابق ، ص ١٤١) ، والحق أن هذا يعنى أن المؤتمر الإسلامى يسعد بانضمام الدول إليه دون التحقق — أو دون الاهتمام بالتحقق — من أنها إسلامية بالمعنى الصحيح . ولعلنا الآن أمام عضوية لا تقنع بالدول الإسلامية فحسب وإنما تضم دولاً يمكن أن أدرجها ضمن مدلول « المؤلفة قلوبهم » . فهناك دول — مثل الكمرون — لاتضم أغلبية إسلامية . يقابل ذلك أن هناك جماعات إسلامية خاصة تعيش فى بلاد غير إسلامية وهى ليست ممثلة فى المؤتمر مثل مسلمى الهند والفليين ..

أهداف المنتظم ومبادئه وهيئاته :

أهداف المنتظم . هي :

- ١ — تعزيز التضامن الإسلامي بين الدول الأعضاء
- ٢ — دعم التعاون بين الدول الأعضاء في اتحادات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعلمية وفي المجالات الحيوية الأخرى والتشاور بين الدول الأعضاء في المنظمات الدولية .
- ٣ — العمل على نحو التفرقة العصرية والقضاء على الاستعمار في جميع أشكاله .
- ٤ — اتخاذ التدابير اللازمة لدعم السلام والأمن الدوليين القائمين على العدل .
- ٥ — تنسيق العمل من أجل الحفاظ على سلامة الأماكن المقدسة وتحريرها ودعم كفاح الشعب الفلسطيني ومساعدته على استرجاع حقوقه وتحرير أراضيه .
- ٦ — دعم كفاح جميع الشعوب الإسلامية في سبيل المحافظة على كرامتها واستقلالها وحقوقها الوطنية .
- ٧ — إيجاد المناخ لتعزيز التعاون والتفاهم بين الدول الأعضاء والأحرى .

مبادئ المنتظم : أما المبادئ التي يستوحىها المنتظم فهي

- ١ — المساواة التامة بين الدول الأعضاء .
- ٢ — احترام حقوق تقرير المصير وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء .
- ٣ — احترام سيادة واستقلال ووحدة أراضي كل دولة عضو .
- ٤ — حل ما قد ينشأ من منازعات فيما بينها بحلول سلمية كالمفاوضة أو الوساطة أو التوفيق أو التحكيم .
- ٥ — امتناع الدول الأعضاء في علاقاتها المتبادلة عن استخدام القوة أو التهديد

باستعمالها ضد وحدة وسلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة عضو .

ولا يخطئ القارئ للأهداف والمبادئ في ملاحظة أن من دمجها كان متأثراً إلى حد كبير بلغة وفلسفة ميثاق الأمم المتحدة .
هيئات المنتظم :

ويضم المؤتمر الإسلامى الهيئات التالية :

- ١ — مؤتمر ملوك ورؤساء الدول والحكومات وهو الجهاز الأعلى ويجتمع حينما تقتضى مصلحة الأمة الإسلامية .
 - ٢ — مؤتمر وزراء الخارجية ويجتمع مرة كل سنة أو عند الاقتضاء فى أى من البلدان الأعضاء .
 - ٣ — الأمانة العامة والمؤسسات التابعة لها ، ويرأس الأمانة العامة أمين عام لمدة سنتين ويجوز إعادة تعيينه لمدة أخرى ويعاونه أربعة مساعدين .
- هذا بالإضافة إلى محكمة العدل الإسلامية التى أصبحت بما أدخل من تعديل على ميثاق المؤتمر الإسلامى جهازاً من أجهزة المؤتمر .
- كذلك يضم المؤتمر اللجان المتخصصة التالية :

- ١ — لجنة القدس .
 - ٢ — اللجنة المالية الدائمة .
 - ٣ — اللجنة الإسلامية للشئون الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .
 - ٤ — اللجنة الدائمة للتعاون العلمى (والتكنولوجى) .
 - ٥ — اللجنة الدائمة للتعاون الاقتصادى والتجارى .
 - ٦ — اللجنة الدائمة للإعلام والشئون الثقافية .
- هذا فضلاً على الأجهزة المتفرعة عن المنتظم (أى أجهزة فرعية للأمانة العامة) وهذه لم يشر إليها ميثاق المنتظم ولكنها نشأت بمقتضى قرارات من مؤتمر وزراء الخارجية . والأجهزة هى :
- ١ — صندوق التضامن الإسلامى (لاهور سنة ١٩٧٤) .

- ٢ — صندوق القدس (اسطنبول / ١٩٧٦) .
- ٣ — معهد البحوث الإحصائية والاقتصادية والاجتماعية (انقرة / ١٩٧٧)
- ٤ — مركز الأبحاث للتاريخ والفنون والثقافة الإسلامية (اسطنبول / ١٩٧٩)
- ٥ — المركز الإسلامى للتدريب (التقنى) والمهنى والبحوث .
- ٦ — المؤسسة الإسلامية للعلوم والتكنولوجيا والتنمية (جدة / ١٩٧٥ ،
(١٩٧٩)
- ٧ — مجمع الفقه الإسلامى (حده / ١٩٨١) .

أجهزة المنتظم :

هذا وهناك أجهزة أخرى تقرر إنشاؤها ولكنها لم تر النور بعد وهى :
المركز العالمى للتربية والتعليم الإسلامى ، المركز الإسلامى لتنمية التجارة
(الدار البيضاء / ١٩٨١) ، واللجنة الإسلامية للهلال الدولى (ليبيا)
واللجنة الدولية للتراث الإسلامى ، والمجلس الإسلامى للطيران المدنى
(تونس) ، واللجنة الإسلامية الدولية للقانون (الأمانة العامة) ، والمعهد
الإسلامى للترجمة (الخرطوم) .

وجدير بالذكر أن وزراء الخارجية دأبوا منذ سنة ١٩٨٣ على تأكيد ألا
تنشأ أجهزة جديدة إلى أن تكتمل دراسة هيكل الأجهزة القائمة بالفعل . وفى
تقديرى أن مجمع الفقه الإسلامى واللجنة الإسلامية الدولية القانونية يحسن
إدماجها لتحقيق مريد من الانسجام فى البحث والخروج بمفاهيم أكثر اتساقا
وأقرب صلة بالمشكلات .

وكالات المؤتمر :

كذلك هناك مؤسسات إسلامية أنشئت فى إطار المنتظم ويمكن أن أسميها
بتعبير العصر وكالات متخصصة للمنتظم وهى :

- ١ — البنك الإسلامى للتنمية .
- ٢ — الوكالة الإسلامية الدولية للأنباء .
- ٣ — (منظمة) إداعات الدول الإسلامية .

٤ — العرفة الإسلامية للتجارة والصناعة وتبادل السلع .

٥ — (منظمة) العواصم الإسلامية .

٦ — الاتحاد الإسلامي للملكى البواحر .

٧ — (المنظمة) الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة .

حصانات وامتيازات منتظم المؤتمر الإسلامى :

وافق مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامى السابع الذى عقد فى استنبول خلال الفترة من ١٣ إلى ١٦ جمادى الأولى سنة ١٣٩٦ هـ الموافق ١٢ إلى ١٥ من مايو سنة ١٩٧٦ على اتفاقية حصانات وامتيازات منتظم المؤتمر الإسلامى . وتلخص أهم أحكام الاتفاقية فيما يلى :

١ — يتمتع المنتظم بشخصية قانونية من حيث أهلية تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها ، والتعاقد والتقاضى .

٢ — تتمتع أموال المنتظم وموجوداته أينما كانت بالحصانة القضائية مالم يقرر الأمين العام التنازل عنها صراحة على ألا يتناول هذا التنازل إجراءات التنفيذ ، ولعل ذلك من اختصاص مؤتمر وزراء الخارجية .

٣ — حرمة المباني التى يشغلها المنتظم مصونة ولا تخضع أمواله وموجوداته أينما تكون لإجراءات التفتيش أو الحجز أو الاستيلاء أو المصادرة أو مامائل ذلك من إجراءات جبرية ، وكذا حرمة المحفوظات والوثائق بأنواعها مصونة .

٤ — تعفى أموال المنتظم من الضرائب المباشرة والرسوم الجبركية والقوانين والأوامر الصادرة بحظر أو تقييد الاستيراد أو التصدير .

٥ — تعامل رسائل المنتظم فى إقليم كل دولة عضو معاملة الأفضل .

٦ — يجوز للمنتظم استعمال الرمز فى رسائله وإرسال مكاتباته برسول خاص أو بحقائب يكون لها وللرسول مالرسل والحقائب الدبلوماسية من الحصانات والامتيازات .

٧ — يتمتع ممثلو الدول الأعضاء فى الهيئات الرئيسة أو الفرعية والمؤتمرات

الى يدعوا إليها المنتظم أثناء قيامهم بأعمالهم وسفرهم إلى مقر اجتماعهم وعودتهم منها بالحصانات والامتيازات الآتية :

عدم حوار الترض عليهم أو حجزهم أو حجز أمتعتهم الشخصية .

الحصانة القضائية ، حرية المخررات والوثائق ، حق استعمال الرمز .

حق إعفائهم وروحانهم من جميع قيود الإقامة ، التسهيلات التي تمنح للمبعوثين المؤقتين فيما يتعلق بالنظم الخاصة بالعمل والقطع ، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية بالنسبة لأمتعتهم الخاصة ، الامتيازات والإعفاءات الدبلوماسية التي لا تتعارض مع ماسبق مع استثناء الإعفاء من ضريبة الإنتاج ومن الرسوم الجمركية على الأشياء المستوردة غير أمتعتهم الشخصية . ويتمتع الخبراء من غير الموظفين بحصانات وامتيازات مماثلة .

٨ — يجب على الدول الأعضاء رفع الحصانة عن ممثلها إذا اتضح أن تلك الحصانة تحول دون تحقيق العدالة وأن رفعها عنه لا يؤثر في الغرض الذي من أجله منحت .

٩ — لا تنطبق أحكام الحصانات والامتيازات المقررة لممثلي الدول الأعضاء بالنسبة لحكومات الدول الذين هم من رعاياها أو التي يمثلونها إلا إذا وافقت الدولة صاحبة الشأن .

١٠ — يتمتع الأمين العام وموظفو المنتظم بالحصانات والامتيازات الآتية :

الحصانة القضائية في عملهم ، الإعفاء من الضريبة على المرتبات والمكافآت ، الإعفاء هم وعوائلهم من قيود الهجرة ، التسهيلات الدبلوماسية فيما يتعلق بالنظم الخاصة بالقطع ، التسهيلات الدبلوماسية لإعادة إلى الوطن وقت الأزمات الدولية ، الإعفاء من الرسوم الجمركية في بحر سنة من تاريخ تسلمهم العمل .

وعلاوة على ذلك يتمتع الأمين العام والأمناء المساعدون وكبار الموظفين هم وعوائلهم بالمزايا والحصانات الدبلوماسية كل بحسب درجته .

وبمصاد مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامية — ساء على مايرفمد إليها الأمين العام — فئات مواطني الأمانة الذين تنطبق عليهم هذه الأحكام .

١١ — نرفع الحصانة عن الأمين العام والأمناء المساعدين وكبار الموظفين موافقة مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامية ، أما باقي الموظفين فترفع حصانتهم بقرار من الأمين العام .

١٢ — يحور لأمانة المنتظم منح تذاكر مرور لموظفيها وتمنح التأشيرات لحاملي تلك التذاكر بناء على طلب من الأمانة العامة .

١٣ — يشكل المؤتمر هيئة لفض المنازعات :

(أ) الناشئة عن التعاقد وغيرها من المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص التي يكون المنتظم طرفاً فيها .

(ب) التي يكون طرفاً فيها موظفو المنتظم الذي يتمتع بحكم مركزه بالحصانة إذا لم نرفع عنه هذه الحصانة .

١٤ — لا يحول تطبيق الاتفاقية دون أن تتخذ كل دولة من الدول الأعضاء مآتره مناسباً من تدابير لصيانة سلامة بلادها أو أممها أو نظامها العام . وعليها عندئذ أن تسارع بالاتصال بالأمانة العامة بتقديم ما تسمح به الظروف للاتفاق على الإجراءات الكفيلة بحماية مصالح المنتظم .

إن الحصانات التي لحصت أحكامها فيما سلف لاتستمد مشروعيتها من حكم نص صريح في القرآن أو السنة كما أنها لاتستند إلى سوابق في الشطر من التاريخ الإسلامي الذي يمكن أن نعثر سوابقه مما يقاس عليه عند تقرير أحكام النظرية الإسلامية ولكننا نستطيع أن نلمح من بعيد إشارات لبقاء بين تلك الحصانات والامتيازات وبين الأمن الذي ينعم به الحرم المكي الشريف ومن يدخله لاسيما إذا فهمنا الحرم بمعناه الواسع وهو المساحة من الأرض التي تحدد بها مكة المكرمة .

ولكني لا أُلح في تأكيد التماثل أو التقارب بين تأمين الحرم وقاصديه مع أن

هذا الأمان عام لا يتوقف على أن يكون الدخول بقصد العبادة — وبين تأمين المنتظم الدولى وممثلى الدول الأعضاء والموظفين العاملين فيه ، وإما أقيم هذه الحصانات والامتيازات على القاعدة الأصولية التى اقيم عليها الحصانات. والامتيازات الدبلوماسية وهى أن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب من حيث أن المؤتمر الإسلامى هو تصور حديث لرابطة الإيلاف التى تجمع الدول الإسلامية وأن حسن تحقيق المؤتمر لأهدافه فى تقرير التضامن الإسلامى ودعم التعاون تقتضيها ، فهى أهداف تزكيتها النظرية الإسلامية على الدول الإسلامية فى علاقاتها بعضها ببعض الآخر ، وفى قول آخر فإن الواجب الذى يلزم أن تتوخاه الدول الإسلامية فى علاقاتها المتبادلة يؤدى إلى ضرورة الإقرار للمؤتمر الإسلامى بالحصانات والامتيازات التى ألححت إليها آنفا .

٢ — جامعة إسلامية لنشر الدعوة فى ربوع أفريقيا :

بدأت الاستعدادات النهائية لافتتاح أول جامعة إسلامية فى قلب القارة الأفريقية لتنشر الثقافة الإسلامية والتعليم الإسلامى وتحمل الدعوة الإسلامية من خلال تخريجها لدعاة إسلاميين من أبناء الدول الأفريقية يحملون العلم والثقافة الإسلامية اللغوية والأدبية والشرعية مثلاً وقدوة ودعاة يشارون بدين الإسلام ويحملون لواءه ويعملون على تعليم أبناء القارة الأفريقية لغة القرآن الكريم وآدابها والعلوم الشرعية والفقهية وغيرها . والجامعة الجديدة هى جامعة النيجر الإسلامية التى تتخذ من مدينة « ساي » بجمهورية النيجر مقراً لها ، وهى تابعة لمنتظم المؤتمر الإسلامى .

وللجامعة مجلس تنفيذى يتألف من رئيس الجامعة ونائبيه ومن عمداء كليات الجامعة ومسجل الجامعة وأعضاء هيئة التدريس وينتخبون من طرفها . ويتولى رئيس الجامعة رئاسة المجلس التنفيذى ويتولى هذا المجلس اقتراح اللوائح التنفيذية للجامعة وإنشاء كليات أو معاهد أو أقسام جديدة بالكليات ومنح الدرجات العلمية وإقرار مناهج الدراسة وخططها فى الكليات والمعاهد على أن تكون متضمنة الثقافة الإسلامية والتعليم الإسلامى بالنسبة لكافة المستويات والتخصصات .

إن الجامعة الإسلامية في النيجر ستكون إن شاء الله رائدة لفكرة الجامعة الإسلامية المفتوحة في القارة الأفريقية لأن الحاجة لها ضرورية وماسة نظراً لكبر واتساع القارة الأفريقية وافتقارها إلى التعليم الإسلامي الصحيح . كما سيتم إيجاد قنوات للاتصال العلمي مع مختلف الجامعات الإسلامية في العالم الإسلامي من أجل التعاون العلمي والأكاديمي معياً لتستفيد من خبراتها وتجاربها وكفاءاتها العلمية من أعضاء هيئات التدريس .

ومن هنا نستطيع أن نقول إن الجامعة تهدف للقيام بدور بناء إلا أن المبادئ وإثراء حياته بالإضافة إلى تمكين الطالب من استيعاب العلوم والتقانة واستخدام حصيلة المعرفة العلمية فيما يعود بالخير على البلاد الإسلامية وشعوبها وقيام الجامعة في إطار برامج تحقيق التضامن الإسلامي بالبحث الأكاديمي والنظر في قضايا المجتمع من خلال المنطلقات الفكرية الإسلامية المتفاعلة مع احتياجات البيئة . كما ترعى الجامعة في إطار خطط المؤتمر الإسلامي حركة إحياء ونشر التراث الإسلامي في القارة الإفريقية وتشجيع البحث والسعي في تحقيق التقارب والتفاهم بين شعوبها وتوفير الإطار الملائم والوسائل اللازمة للتعليم العالي والدراسات العليا في مختلف مجالات العلوم والمعرفة بجانب العناية الخاصة بالدراسات الإسلامية وأبحاثها وتعليم اللغة العربية ونشرها والنهوض بالنشاط الثقافي والرياضي والاجتماعي والعلمي .

وقد راعى النظام الأساسي لإنشاء الجامعة الإسلامية بالنيجر أن تضم الجامعة العديد من الكليات المختلفة لتكامل رسالتها العلمية وتحقيق الغرض منها في توفير فرص التعليم أمام أبناء المسلمين في مختلف التخصصات العلمية . وقد نص النظام الأساسي على أن تكون الجامعة من كليات اللغة العربية والدراسات الإسلامية والعلوم والطب والاقتصاد ، وسوف يتم إنشاء تلك الكليات تدريجياً ، كما يجوز لمجلس أمناء الجامعة إنشاء كليات أخرى أو معاهد علمية جديدة .

إن الجامعة ستبدأ ببدء الدراسة في كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية

والتي ستضم ثلاثة أقسام علمية هي العلوم الشرعية ، واللغة العربية ، والعلوم التربوية . وسيتم قبول ١٠٠ طالب موزعين وفقاً لنسب معينة .

المبحث الثاني في المنظمات غير الحكومية

تمهيد :

المنظمات غير الحكومية هي المنظمات التي تنشئها هيئات غير حكومية . ولذا فإن رسالة هذه الفئة من المنظمات لا علاقة لها بالقضايا السياسية وإن كنا لا نستطيع أن نجرد نشاطها وقراراتها من الآثار السياسية ، فضلاً على أنها يمكن أن تقوم في الجماعة الدولية بدور جماعات الاسترهاب التي تعرفها المجتمعات الداخلية وذلك بما لها من قدرة على تجميع الرأي العام وتطويع وسائل الإعلام . وأضرب مثلاً لذلك بموقف رابطة العالم الإسلامي من حركة الجمهورية الإسلامية التي تزعمها في السودان محمود طه فقد أدانت الرابطة تلك الحركة وأيدت إعدام المذكور وذلك نشاط قد لا تكون له سمات سياسية ظاهرة ولكن علاقته بالأوضاع السياسية واضحة .

والحق إن قيام منظمات إسلامية غير حكومية ظاهرة يجب أن يشاركها كل مخلص للدعوة لأنها يمكن — إن صدقت نواياها واستقام سبيلها — أن تقوم بدور فعال على درب الإحياء السليم للدعوة الإسلامية النقية . ومما يذكر أن مؤتمر المنظمات الإسلامية الذي عقد بمكة سنة ١٩٧١ عزز نشاط لجنة عليا في رابطة العالم الإسلامي للتنسيق بين مختلف المنظمات الإسلامية .

وقد تعددت بحمد الله المنظمات غير الحكومية في وقتنا هذا واختار منها أبرزها وهي :

١ - الرابطة العالمية الإسلامية .

بخلط الكثيرين بين الرابطة وبين منتظم العام الإسلامي الذي قدمت الكلام عنه في حين أن المؤتمر منتظم حكومي أما الرابطة منتظم غير حكومي ابتق عن المؤتمر الإسلامي العام الذي عقد بمكة المكرمة خلال الفترة من ١٨ - ٢٠ مايو سنة ١٩٦٢ واشتركت فيه وفود شعبية قدمت من دول إسلامية وغير إسلامية .

والرابطة منتظم عالمي تمثل فيه كافة الشعوب الإسلامية ، وهو بذلك يستكمل النقص في عضوية المؤتمر الإسلامي التي تستعد تمثيل بعض تلك الشعوب داخل المؤتمر .

وقد عقدت الرابطة العديد من المؤتمرات الإسلامية بغية تحقيق أهدافها وهي نشر الإسلام وشرح مبادئه والتصدى للقيادات والأفكار والحركات الهدامة والدفاع عن القضايا الإسلامية بما يحقق مصالح المسلمين ويحل مشكلاتهم وأجهزة الرابطة هي :

- (أ) المؤتمر الإسلامي العام ، ويعقد دورته خلال موسم الحج .
- (ب) المجلس التأسيسي ، ويضم ستة وخمسين من العلماء وقادة الرأي والفكر في العالم الإسلامي ويختارون من المناطق والدول الإسلامية وغير الإسلامية لترشيح من الأمين العام وموافقة المجلس .
- (ج) الأمانة العامة ، وتتبعها مكاتب في الخارج تبلغ حوالي خمسة عشر مكتباً .

والرابطة عضو في مجموعة (أ) للمنظمات غير الحكومية ذات النفع الاستشاري بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة وعضو في اليونسكو وفي صندوق الطفل الدولي ، وتحتضر اجتماعات المؤتمر الإسلامي . ولها ممثل لدى الفرع الأوروبي للأمم المتحدة في جنيف وفي مقر السوق الأوروبية المشتركة ببروكسل .

٢ - الأمانة العامة للمجلس الاقتصادي للمساجد :

وتهدف إلى تكوين رأى عام إسلامى وتمكين المسجد من أداء رسالته والحفاظ على الأوقاف والدفاع عن حقوق الأقليات الإسلامية فى أداء شعائهم الدينية . وقد أنتىء المجلس فى سبتمبر سنة ١٩٧٥ بقرار من مؤتمر رسالة المسجد . ويتكون من هيئة تأسيسية تضم ٢٥ عضواً دائماً ، ٢٤ عضواً مكملين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد . وهؤلاء يمثلون أربعين شعباً وأقلية إسلامية .

ويعقد المجلس دورة سنوية .

٣ - مجلس مجمع الفقه الإسلامى :

ويضم مجلساً وأمانة ألحقت بها عدة لجان هى لجنة المصطلحات الفقهية ولجنة التراث الفقهى ولجنة البحث العلمى ولجنة الصياغة ولجنة الدراسات المعاصرة ولجنة المكانات وقسم الأرصاد . ويهدف إلى احياء التراث الفقهى ونشر ودراسة ما يستجد من مسائل . ويعقد دورة سنوية .

٤ - الندوة العالمية للشباب الإسلامى :

تأسست سنة ١٩٧٣ بمدينة الرياض بالمملكة العربية السعودية ، وتهدف إلى خدمة الفكر الإسلامى بين الشباب ودعم المنظمات الشبابية الإسلامية . وتضم : الاجتماع العام والأمانة العامة ورئيس عام الندوة والمكتب التنفيذى والهيئة الاستشارية . والعضوية فيها على ثلاثة أنواع : عضوية عاملة لمنظمات الطلبة المسلمين وعضوية مؤثرة للمنظمات غير الطلابية والشخصيات القيادية وعضوية استشارية للشخصيات الإسلامية والشبابية . ويصدر قرار العضوية عن رئيس الندوة بناء على توجيه الأمانة العامة .

٥ - جمعية الدعوة الإسلامية :

وهى جمعية ليبية مقرها طرابلس ولكن نشاطها عالمى . وقد نشأت بناء على

توصية من مؤتمر الدعوة الإسلامية سنة ١٩٧٠ ويحكم نشاطها القانون الليبي .

وتهدف الجمعية إلى نشر الدعوة الإسلامية على الصعيد العالمي . وقد أدلت الجمعية اهتماماً للقضايا الإسلامية كقضية فلسطين وقضية أفغانستان .

وتنضم الجمعية العمومية واللجنة التنفيذية والأمين العام . ولغاتنا الرسمية هي العربية والإنجليزية والفرنسية .

٦ - مؤتمر العالم الإسلامي :

وهو استمرار للمؤتمرين اللذين عقد أولهما بمكة سنة ١٩٢٦ وتانيهما بالقدس سنة ١٩٣١ ، ذلك أن مؤتمرا عقد بكراتشي وقرر إحياء المؤتمرين السالفين . وقد تكرر انعقاد المؤتمر بعد ذلك ويهدف إلى إحياء عمل إسلامي مشترك وتوحيد الأمة الإسلامية والدعوة إلى الله . ويضم مجلسا بعثا اجتاهاً سنوباً وأمانة عامة .

وأحب أن ألفت النظر إلى عدم الخلط بين هذا المنتظم ودر الحكومة وبين منتظم المؤتمر الإسلامي الذي هو منتظم حكومي كما اسلفت .

٧ - الهيئة الخيرية الإسلامية العالمية :

وتهدف إلى المشاركة في كافة أوجه نشاط البر ونشر الثقافة الإسلامية والتعريف بمبادئ وأخلاقيات الدين الحنيف . وقد انشئت بمرسوم أميري سنة ١٩٨٧ .

وأجهزة الهيئة هي الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والمدير العام . والعضوية في الهيئة نوعان : عضوية عاملة لأعضاء الجمعية التأسيسية وغيرهم من الشخصيات المسلمة التي تساهم بالجهد والمال في الهيئة ، وعضوية شرفية تضم الشخصيات البارزة التي يختارها مجلس إدارة الهيئة لما قد يراه من نفع يؤدونه للهيئة .

٨ - جمعية دار اليتيم :

لا أرى داعياً هنا للتذكرة بالظروف الاقتصادية والاجتماعية التي يعيش في

ظنّها سكان الضفة الغربية وقطاع غزة المحتلين لكي ندرك صعوبة مواجهة هذه الظروف والمهمة العظيمة الملقاة على عاتق الذين يتقدمون للمحاربة من أجل خدمة الأهداف الاجتماعية والحياتية المنحة لسكان تلك المناطق . وإذا أضفنا إلى ذلك المشكلات الاعتيادية مثل اليتيم والفقر وفقدان آخر العائلي السليم لأصبحت المهمة أكثر من أن يحتملها أفراد قلائل ، ولتطلب الأمر مساهمة كل ذوى الأيدي الكريمة في طول العام الإسلامي وعرضه ، وخاصة في العام العربي الذي يحمل شرف نشر الدعوة الإسلامية التي هي دعوة الخير في كل مكان .

وفي ظل غياب الاهتمام الرسمي الكفيل بتلبية الاحتياجات النفسية والحياتية والاجتماعية للأطفال الأيتام وتمهيتهم فيما بعد للدخول في معترك الحياة مسلحين بالوعي الديني والثقافة الوطنية الإيمانية انطلقت الجمعية قبل ربع قرن لتعمل بجهد مشكور على الرغم من كافة العراقيل والصعاب التي اعترضت طريقها . وقد تأسست الجمعية سنة ١٩٦١ واضعة نصب أعينها الأهداف التالية :

١ — احتضان ورعاية الأيتام لفقدتهم أحد الوالدين أو كليهما ، أو ضحايا التفكك الأسري ، بتوفير السكن والغذاء والكساء والرعاية المدرسية والعناية الصحية وتعويضهم عما افتقدوه من حنان واستقرار ومنحهم الحق في حياة كريمة .

٢ — رعاية وجوه الخير والمساهمة في النشاط الاجتماعي العام .

وقد استمرت الجمعية في عملها الدؤوب في رعاية الأيتام في المرحلتين الإعدادية والثانوية ولكن بسبب ما حل عام ١٩٦٧ وما أسفر عنه من ظروف طارئة رأت الجمعية أن تكتفي برعاية الأيتام من سن ٦ — ١٤ تمهيداً للانتقال إلى مرحلة أكثر تطوراً ، وبعد وقت طويل — وبسبب المصاعب الاقتصادية أساساً — استطاعت الجمعية تطوير أعمالها . وهي تحتضن حالياً عدداً من الذكور الأيتام من سن ٦ — ١٨ سنة وتؤمن التعليم الجامعي للمتفوقين منهم وتوفر لنزلائها — وعددهم ٦٤ شخصاً — السكن المزود بدفء العاطفة والحنان والملبس والطعام والرعاية المدرسية والصحية .

الفصل الثالث فى التعريف بالقانون الدولى الإسلامى وأصوله

المبحث الأول فى التعريف بقانون السلام الإسلامى وجوهر القاعدة القانونية الإسلامية

١ — تعريف القانون الدولى الإسلامى :

تفيض كتابات الفقه الدولى المعاصر سبيل من تعريفات القانون الدولى يبا.
أنها تختلف فى النهج فبعضها تتخذ من أشخاص القانون الدولى ركيزة لتعريف
القانون و حين كانت العلاقات الدولية هي نقطة البداية عند البعض الآخر .
ولكنى لا أحس فى نفسى قناعة بأى من الاتجاهين . ذلك أن العالم كان — إلى
منتصف القرن العشرين — ضيعة الاقوياء فهم الذين يحلبون أبقاره ويقتسمون
تماره أما اليوم فقد انفتح الباب الموصود للدول غيبها وفقيرها وكان لاند لمفاهيم
القانون الدولى من أن تهب للقاء هذا التطور فلم يعد الخير حكراً لحفنة من
الدول بل أصبح قسمة بينها يشترك فيها صغيرها وكبيرها . وبعد أن كانت
الكشوف الجغرافية منشأ لحقوق انحصارية تنفرد بها قلة مختارة أصحت فى
خدمة السّيارة . ثم إن الاتفاقات التى تعالج « الأقاليم الجديدة » (القطب
الجبولى والقاع المحيطى والفضاء الكونى) تشترك فى ظاهرة هامة تدعونى إلى
أن أدرجها جميعاً تحت مسمى « التراث المشترك » ذلك أنها لم تدخل « الأقاليم
الجديدة » فى حوزة القادر وإنما تعدها لتكون نطاقاً مشتركاً للإنسانية تتعادل

حيالها الدول في الحقوق وتتساوى في الميزات . لقد أزلت هذه الأفكار للفقهاء الدولي غير بعيد ونبوءتي أن بعضاً من نظريات القانون الدولي سوف تنقلب رأساً على عقب تحت طرقات الوافد الوليد .

ولما كان المأخذ الذي يعاب على التعريفات التي ترتبط بأشخاص القانون هو أن حصر الشخصية القانونية الدولية في ظواهر بعينها أمر خطير لأن إضفاء الشخصية القانونية الدولية على وحدة بذاتها هو من المسائل التي قد تتغير بتغير الزمان وتبدل الظروف فما هو من أشخاص القانون الدولي اليوم قد لا يصبح كذلك غداً أو ماليس شخصاً قانونياً في الحال قد يصبح شخصاً مستقبلاً . ولما كان ما قدمت من إيضاح — أى تأكيد التطور الجذري الذي تشهده العلاقات الدولية اليوم — يمكن أن يكون مبرراً لمثالب تؤخذ على التعريفات التي تنطلق من العلاقات الدولية . فإننا نحد أنفسنا أمام طريق مسدود يحسن معه أن نقنع — كما فعل البعض — من الغنيمة بالإياب ولكننا لن نكون حالين الوفاض .

كذلك فإن المذاهب التي تتخذ من طبيعة العلاقة منطلقاً لتعريف القانون الدولي لها مثالب أخرى ، من حيث أن هناك صعوبة نلقاها عندما نريد تحديد المواقف التي تخرج عن تطبيق القانون الدولي ذلك أن حدود القانون الدولي في عرف تلك المذاهب تبدو غامضة ومضامينه ليست ثابتة ومجال معالجته غير مؤكد . وقد أراد البعض الخروج من هذا المأزق فاقترحوا أن يكون معيار تطبيق القانون الدولي هو مدى أهمية العلاقة فالقانون الدولي عندهم هو القانون الذي يحكم المسائل التي تهتم الجماعة الدولية بالدرجة الأولى وتكون ذات خطورة تتخطى الحدود السياسية . ولكننا بهذا إنما نعرف الماء بعد الجهد بالماء ، فهل تعتبر الألعاب الأولمبية مثلاً من علاقات القانون الدولي أم لا طبقاً لهذا التعريف ؟ .

إن القانون الدولي نسق تلعب فيه التطورات والأهداف دوراً بارزاً بمعنى أنه يتمثل في مجموعة من قرارات ذات حجية تتخطى الحدود السياسية التي يقيمها الناس لتحديد ورعاية المصلحة المشتركة .

فلا مشاحة إذن ان انهى إلى القول نأسى أصبحت من انصار الاتحاد الذى يعزف عن التنسث بوضع تعريف جامع مانع للقانون الدولى من حيث أن مثل هذا التعريف يمكن — على هدى مما أسلفت — أن يصبح عقبة على درب تطور ذلك القانون .

وفى مجال البحث عن تعريف للقانون الدولى يخلد بنا أن يذكر الاتجاه الاشتراكى الذى يرى بأن القانون الدولى هو جماع معاهيم القانون التى تحدد حقوق وواجبات تجمعات الطبقات الحاكمة التى تسهم فى العلاقات الدولية . ويرغم الفقهاء السوفيت أن القانون الدولى — كنظام قانونى يعطى مسا بين الدول — إنما يعبر عن إرادة الطبقات المسيطرة فى كل مجتمع . وهكذا فإن الطبقات تقوم فى النظرية الاشتراكية بدور غير مباشر فى تطوير القانون الدولى . بيد أن الكتابات الحديثة للفقهاء السوفيت تكشف عن تقبل وحداث أخرى غير الدول ضمن اشخاص القانون الدولى .

غير أن النظرية الإسلامية تقوم فى رأى — أو يجب أن تقوم — على نظرة مزدوجة للقانون الدولى بمعنى أن يكون للقانون الدولى فى النظرية الإسلامية مدلولان ، مدلول فى علاقة الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر ومدلول فى علاقة دار الإسلام بدار الخالفين ومؤدى هذا أن يكون من قواعد السلام قواعد عامة يشترك فيها المدلولان وتدرج فى كل بالمفهوم ذاته مثل أحكام حماية البيئة من التلوث ، وقواعد خاصة بكل مدلول على حدة مثل القواعد المتعلقة بالتعاون ذلك أن التعاون الذى يجمع بين الدول الإسلامية يتصل إلى حد التكافل .

أما التعاون بين دار الإسلام ودار الخالفين فيجرى فى حلبة التعايش أو التعاون . والتعايش هنا له مظهران : إنجائى يتوقع من الدول الإسلامية أن تسهم فى تنظيم الجماعة الدولية والعمل على رقيها ، ومظهر سلبي يعنى الاحترام المتبادل بين دار الإسلام ودار الخالفين لحقوق كل وفى مقدمة ذلك احترام نشاط دار الإسلام فى الدعوة لعقيدها والامتناع عن استخدام القوة أو التهديد

باستخدامها . ومن ثم فإن هذا التعايش لا يلغى كل أنواع الصراع والتنافس وإنما يهدد من سورتها فيبقى عليها في حلة السلام بعيداً عن امتشاق الحسام . ولحل أقرب مثل لما أقصده لمدرك التعايش في عمومته — دون تفاصيله — هو التعايش الذي يزواج اليوم بين الدول الاشتراكية ودول العالم الحر ، فهما داران مختلفان عقيدة ولكنهما تتعايشان واقعاً وتلتقيان عند قواعد مشتركة دون أن يصل ذلك إلى التناحر الساخن مع عدم إغفال القانون الدولي الاشتراكي الذي يحكم علاقة دول الكتلة الشرقية بعضها ببعض الآخر . وأود أن أصيف هنا كلمة تحذير ما كان أغنانى عنها لولا خشيتي من سوء فهم المتفهمين الذين قد يظنون أنني هنا — والعياذ بالله — أقابل المفاهيم التبوعية . بالمفاهيم الإسلامية .

والتعايش الذي عنيته هنا هو تعايش مع الدول غير الكتابية أما الدول الكتابية فإن العلاقة معها — إذا كانت دولا متوادة معنا — تقوم على التعاون كما أوضح في موقعه من هذا السفر .

بيد أنني استلمح لفت النظر إلى أن الوجه الجديد الذي يجاهد القانون الدولي اليوم في التحلي به — وهو ما أسميته التكافل أو التعاضد — هو الوجه الذي استشرفته النظرية الإسلامية منذ فجر عهدها ، أي أن القانون الدولي العام ينتهي هذه الأيام بأوليات بدأ بها قانون السلام في الإسلام منذ أول الزمان .

ذلك أننا نستطيع أن نلخص تاريخ تطور القانون الدولي المعاصر بأنه بدأ قانوناً للتعايش ثم انقلب برحمة من الله — مع إطلالة التنظيم الدولي — إلى قانون للتعاون وهانحن نقف على عتبة تطور جديد وهو قانون التكافل متمثلاً في مدرك التراث المشترك . وأحب أن أتناول هذا القول بشيء من التحديد والتوضيح .

يمكن أن أوجز نزعة التكافل أو التعاضد في القانون الدولي المعاصر في مصطلح « التراث المشترك » بمعناه

الشامل الذى يلغى السيادة السياسية ويغلفها بغلاف سميك من المصالح الاقتصادية فيسقط في مناطق من هذا الكون ادعاءات الدول لحقوق فردية ولا يقر لها فيها بمنافع اقتصادية انحصارية وإنما يجعل الدول شريكات لا فصل لإحداها على الأخرى إلا ما تسعى . وتمتلإرهاصات تلك النعمة في مناطق الترات المشترك في قاع البحار العامة وفي الفضاء الكوني وفي القطب الجنوبي فلم يعد لدولة ما أن تدعى بحق السيادة في تلك الأقاليم المستحدثة أو ان ترعم الانفراد بمنافع أى من هاتيك المناطق المستجدة . أما إذا انتقلت إلى النظرية الإسلامية فإننا نلاحظ — كما أسلفت — أن للقانون الدولي الإسلامى مدلولين : «مدلول» في علاقة الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر ، ومدلول في علاقة الدول الإسلامية بالدول غير الإسلامية . وتلك حقيقة يجب ألا تعيب عن البال في تفهم أحكام قانون السلام في الإسلام حيث أن القانون الدولي في النظرية الإسلامية هو — فيما بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر — قانون التعاضد والتكافل وهو فيما بين الدول الإسلامية وغير الإسلامية قانون التعايش ، أو التعاون في ظروف مناسبة .

أما أن العلاقات الدولية الإسلامية تقوم على التعاضد والتكافل فذلك دليله من القرآن والحديث . يقول سبحانه وتعالى « إنما المؤمنون أخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون » (الحجرات / ١٠) . بيد أنى احب ها أن أشير إلى أن الاخوة والتعاضد بين الدول الإسلامية لاينفى المكانة الخاصة التى تستع بها المنطقة العربية داخل العالم الإسلامى فهى — دون أن يعتبر ذلك نعمة قومية أو عنصرية عرقية — تشكل الرابط الحقيقى للأمة الإسلامية وقاعدة البناء للوحدة العقائدية ولذا يقول عز وحل مخاطباً العرب في محكم كتابه « لقد أنزلنا إليكم كتابا فيه ذكركم أفلا تعقلون » (الأنبياء / ١٠) .

ومن هذا الواقع لانجد في العالم الإسلامى من لا ينظر إلينا بهذه القساعة بل ويؤمن أنه بين اتحاد العرب ووحدهم يجد العالم الإسلامى منطلقه الحقيقى . ولذلك نجد كثيراً من المفاهيم يختلف حكمها في العلاقات الإسلامية عنه في

العلاقات العالمية — أى بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية — وأضرب لذلك مثلاً مستمداً من قوله عز وجل « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبنى حتى تنفى إلى امر الله » (الحجرات / ٩) . إن امر الله هنا يلزم الوحدات السياسية الإسلامية غير المتحاربة بالتدخل بين الوحدات السياسية المتحاربة . وهذا الالتزام لا تفرضه قواعد القانون الدولى المعاصر إلا اذا قبلته الدول رضاء ، وفى حدود ذلك الرضاء ، شأن ميثاق الأمم المتحدة . أما فى النظرية الإسلامية فإن تكافل الدول الإسلامية يفرض عليها فى كافة الظروف أن تتدخل لاهاء تلك الحرب وإصلاح ذات البين فإذا لم ترعو إحدى الطائفتين فقد بغت أى أصبحت ظالمة وعندئذ يجوز العدوان عليها . « ولا عدوان إلا على الظالمين » ، ويصبح التزاماً على الدول الإسلامية أن تقف إلى جانب الدولة التى امتثلت ضد التى بغت . وقد اعتبر التنزيل الحكيم قرار الدول المتدخلة امراً من الله أوله قوة أمر الله ولذا وجب على الدولة الإسلامية ألا تتخلى عن انفاذ ذلك القرار حتى تنفى إليه الدولة الباغية ، ومثل ذلك الالتزام أيضاً لا تفرضه قواعد القانون الدولى المعاصر إلا إذا ارتضته الدول بارادتها فى حين أنه قاعدة من القواعد الآمرة فى النظرية الإسلامية . ومن ثم فإن الموقف المتعاضد الذى وقفته الدول الإسلامية من نزيف الدم الذى كان يهرق على الأرض العراقية الإيرانية وقناعتها بالتباكى والنواح لا يفسره إلا أنهم يريدون أن تكون غير ذات الشوكة لهم ولا يشفى صدور المؤمنين وإنما يسعد ويشمت المخالفين .

وإذن فالنظرية الإسلامية تربط بين الوحدات السياسية الإسلامية — وأظهرها الدول — بروابط الأخوة لما فيه خيرها قاطبة وصلاح أحوالها وتأمين مستقبلها وتحقيق أمانها وأمالها . وتجعل منها بنياناً مرصوصاً وجسداً محسوساً فإذا شكى عضو منها تداعت له باقى الدول بالعون وشيد الأزر . لا أن تكون كما هى الآن تحسبهم جميعاً وقلوبهم مثنى وسعيهم فى تبار .

ولذا فإن السياسة الخارجية للدول الإسلامية مجتمعمة حيال الدول غير

الإسلامية يلخصها الحديث الشريف « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » . ونصرة الأخ الظالم تكون ممنعه عن الظلم ونصرة الأخ المظلوم تكون بالوقوف إلى جانبه حتى ينتصف « أشداء على الكفار رحماء بينهم » (الفتح / ٢٩) . تلك هى العروة الوثقى التى لا انقصاص لها .

وإذن فالسيادة فى مدلولها السياسى لا بد أن تتخذ مفهوماً خاصاً فى علاقات الدول الإسلامية المتبادلة فلا يجوز للدول الإسلامية أن تتمسك فى علاقاتها المتبادلة بفكرة السيادة فى مدلولها السياسى المطلق وعلى المستوى عينه وبالتشدد ذاته الذى تتمسك به فى علاقاتها مع الدول الأجنبية . إن تراخى مدرك السيادة فى نطاق العلاقات الإسلامية يتضح — من بين أمور أخرى — فى فهم فكرة التدخل كما أسلفت حيث يكون على الدول الإسلامية أن تهتم الواحدة بشئون الأخرى على نحو يغير الوضع فى علاقة الدولة الإسلامية بالدولة غير الإسلامية لأن الفلسفة التى تحكم العلاقات الإسلامية هى تحقيق التعاضد والتكافل الإسلامى فى أقصى معانيه وإن بقيت التقسيمات السياسية التى ينقسم إليها العالم الإسلامى تسمياتها الحالية . وفى قول آخر فإن هذه التقسيمات السياسية لا يجوز أن تقف عائقاً أو تكون دريعة لتقاعس دولة إسلامية عن القيام بنصيبها أو أداء دورها فى تدعيم التضامن الإسلامى وتحقيق الصالح المشترك « إن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » (الانبياء / ٩٢) . إن قانون السلام فى الإسلام لا يفرض الوحدة على الدول الإسلامية وإنما يطلبها — إن لم تكن — تمهيداً للصراط المستقيم الذى يؤدى إليها . ومن ثم فإن هناك رابطة اتحادية واقعية إلزامية — أقرب ما تكون إلى ما أسميه حلف الإيلاف (الحلف الكونفدرالى) غايتها أن تنقلب بنعمة من الله إلى ما أسميه حلفاً للموالاتة (التحالف المركزى أو الفدرالى كما يسميه الغربيون) وسواء تمت الوحدة أم ظلت الدول الإسلامية فى كيانات سياسية منفصلة فإنها يجب أن تكون كالبنيان يشد بعضه بعضاً . ولذا فإنى أرفع عقيرتى فى هذا المقام آملاً أن نشهد يوماً قريباً تتخايل فيه السمات السابقة لهذا التراط ولعل مبتدأها أن نجعل من الحج مناسبة حقيقية تشهد فيه الدول الإسلامية منافع لها وأن ينعكس ذلك فى صورة

دار ندوة (برلمان) إسلامية تمهد الطريق للاتحاد الحقيقي وتجمع الرأي الإسلامي على مافيه خير الإسلام والمسلمين حتى تكون الأمة الإسلامية خير أمة أخرجت للناس . وقد يكون ذلك التجمع مناسبة لكي تصبح اللغة العربية — لغة التوحيد الديني — هي أيضاً لغة التوحيد الاجتماعي والسياسي لا أن يظل الحال كما هو اليوم إذ يجتمع مؤتمر القمة الإسلامي وكأننا في برج بابل فكل رئيس يتكلم بلسان حتى أن البعض عجز عن نطق البسملة أو اسم الرحمن . ولا نسي هنا أن الله سبحانه وتعالى قد وجه بهذا فيما رسمه لحج البيت المعمور إذ أن فريضة الحج ليست أداءاً لمناسك فحسب بل هي أيضاً مناسبة لطلب منافع الدنيا وزخرف الحياة « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معدودات » (الحج / ٢٨) كما شاءت حكمته أن يجعل البيت مثابة للناس وأمناً . « وإذا جعلنا البيت مثابة للناس وأمناً » (البقرة / ١٢٥) .

إنني لا أقصد بما قدمت أن النظرية الإسلامية تلزم الدول الإسلامية برسم سياسة تتناغم في تفاصيلها وتتناسق في جزئياتها وإنما عليها أن تتغيا سياسة عامة موحدة الأهداف متشابكة المقاصد وإن اختلفت مسالك الدول الإسلامية في اتباعها أو تباينت دروبهم في الوصول إليها . يقول عز وجل « إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم في شيء » (الأنعام / ١٥٩) . ويذهب الشاطبي في تفسير هذه الآية — وأنا أؤيد مايقول عنها في موافقاته — « أن كل مسألة حدثت في الإسلام فاختلف الناس فيها ولم يورث خلافهم عداوة ولا بغضاء فهي من الإسلام . « وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به » (الأحزاب / ٥) أما إذا أوجبت العداوة والتنافر والقطيعة فهي ليست من أمر الله والدين في شيء » — والحق أن هذا الشرح — الذي يضع عندي قاعدة السلوك الدولي فيما بين الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر — له منطق التوفيق بين مدلول الآية السالفة في وحدة الأمة الإسلامية — ومدلول قوله تعالى « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض » (البقرة / ٢٥١) .

لقد شاءت حكمة العلى القدير أن يتورع عباده فى حدود سياسية مختلفة « ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة » (هود / ١١) . وقد أوضح الحكيم الخير بعض حكمته فى هذا التوريع فى قوله « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيراً ولينصرن الله من ينصره » (الحج / ٤٠) . ولكن هذا التدافع هو للخير وليس للشر وقد أوضحه الكريم المتعال فى قوله « ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليلوكم فيما أتاكم فاستبقوا الخيرات إلى الله مرجعكم جميعاً فينصكم بما كنتم فيه تختلفون » (المائدة / ٤٨) .

فدل فى هذه الآية على أن قيام الوحدات السياسية فيه عمار الدنيا إذا كان لاستباق الخيرات وأن عالمية الإسلام هى أصلاً عالمية مادية وأحكام وليست حتماً عالمية سيادات وحكام .

وأما أن العلاقات العالمية — أى مع الدول غير الإسلامية — تقوم على التعايش فدليله قوله عز وجل « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً » (آل عمران / ٦٤) . وإن عبادة الله وعدم الشرك به مؤداها احترام الأسس العامة التى تقوم عليها تلك العبادة فى معاملة الغير وتبعاً لضمان أن تتعايش تلك الدول مع الدولة الإسلامية فى سلام وأمان ، كما فعلت الحبشة فى عهد الرسول ﷺ وصدر الإسلام فالإسلام يسعى إلى إيجاد التوافق بين أصحاب الأديان والكتب السماوية فكانت الكلمة السواء نبراس تلك العلاقات . بيد أن الأمر هنا يتعلق بأهل الكتاب أى بالدول التى تقر بالأديان السماوية ولا تحارب أصحابها . فما القول بالنسبة للدول التى تقف موقفاً عدائياً من الأديان وتقاوم دعوة أصحابها وتنكل بأنصارها . إن الكلمة السواء — أى التعايش السلمى — تقوم على الاشتراك فى الأسس العامة لحضارة لها سمات من الإيمان بوحداية الله ، وتبعاً فإن عدم توفر ذلك الشرط يسقط أثره فلا تلتزم الدولة الإسلامية بأن ترعى تعايشاً سلمياً مع تلك الدول . والتعايش لا يقتصر على الدول الكاثرة : مسيحية ويهودية فحسب ،

بل يتعدى إلى الدول التي تأخذ حكم الكتابية مثل الزرادشتية . ولعل الكلمة
السواء تتضمن من المفاهيم ما يمكن شرحه بمقاصد الأمم المتحدة وهي حفظ
السلم والأمن الدوليين وتطوير العلاقات الودية وتحقيق التعاون — (م ١/١ :
٢٥/٢) . ومن سوابق التاريخ الإسلامى فى ذلك التعايش الإسلامى أن الدولة
العباسية والدولة البيزنطية حكمتا معا معامدة بعض حزر البحر المتوسط .
وهكذا نجد أن المفهوم الإسلامى للجماعة الدولية يبدو أكثر إنسانية إذا هو
قورن بالمفهوم الرومانى الذى يقسم العالم إلى رومان وبرابرة ولا يعترف للبرابرة
بمحقوق ما إلا تحت المظلة الرومانية ، وهو كذلك أكثر انجائية من المفهوم
الأوروبى عندما تقوقع بعلاقاته على دول المسيحية وحدها فالدعوى إلى سبيل
الله إنما تكون بالحكمة والموعظة الحسنة . « ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي
هى أحسن إلا الذين ظلموا منهم وقولوا آمنا بالذى أنزل إلينا وأنزل إليكم وإلنا
والحكم واحد ونحن له مسلمون » (العنكبوت / ٤٦) ، وإذن فما هو الحكم
بالنسبة للدول التى تكر الأديان وتعارض العقائد السماوية ؟ إن الجواب على
هذا السؤال يثير الجدل فقد يقال إن الدولة الإسلامية تستطيع أن تدخل فى
علاقات سلمية مع تلك الفئة من الدول وأن تعايش معها كما تعايش مع الدول
الكتابية لأن الإنسانية هى الحكم والإنسانية متوفرة لتلك الدول كما هى متوفرة
لغيرها من الدول أخذاً بمفهوم إشارة القول الكريم « يأياها الناس إنا خلقناكم من
ذكر وانثى » فالإشارة إلى الأصل الواحد تعبير عن الاشتراك فى مفهوم
الإنسانية . وكذلك قوله عز وجل « كيف يكون للمشركون عهد عند الله
وعند رسوله إلا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا
لهم » (التوبة / ٧) . وقد نقول إن الشرك نجس وتبعاً فلا يجوز للدولة
الإسلامية أن تدخل فى علاقات تعايش مع تلك الدول لأن الكلمة سواء
أساسها — كما قلت — حد أدنى من الاشتراك فى المفاهيم القانونية وذلك
لا يتوفر إلا بعقيدة التوحيد . والقول عندى هو الرأى الثانى فلا يجوز للدولة
الإسلامية أن تعترف بروحود قانونى لتلك الدول فإن اضطرتها الظروف إلى
التعامل معها فإن ذلك يكون على أسس واقعية وليست قانونية . لأن الآية التى

سبقتها بدأت بإتبات حقيقة وهى إنكار عهد الله ورسوله على المشركين وقد جاء فى الآية التالية « كيف وإن يظهروا عليكم لا يرقوا فيكم إلا ولا ذمة » (التوبة / ٨) .

فإذا ما دخلت الدولة الإسلامية مع دولة غير إسلامية فى علاقات تعايش تم نكست الدولة المخالفة على عقبيها وقلست للدول الإسلامية ظهر المحن ، فمادام يكون موقف الدولة الإسلامية عندئذ ؟ الرأى عدى أن أبسط ماتفعله الدولة الإسلامية هو قطع علاقاتها مع تلك الدولة وهذا هو أسط الإيمان تطبيقاً للحديث الشريف « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وهذا أضعف الإيمان » ، فإن خشيت منها خيانة — وكانت لدى الدولة الإسلامية القدرة والإمكانية — وجب أن تبذل إليها على سواء « فإما تخافن من قوم خيانة فأنذ إليهم على سواء » (الأنفال / ٦٨) . وذلك هو الحكم الذى يجب على الدولة الإسلامية أن تسلكه حيال الدول التى لا ترعى إلا ولا ذمة فى أقليتها المسلمة كالفلبين مثلاً .

فإذا نظرت إلى الموضوع من زاوية أوسع وتساءلت عن عضوية الدولة الإسلامية فى حركة كحركة عدم الانحياز أجد أن هذه حركة سياسية فى غالبيتها فهى تقوم على تجمع تربطه المصالح لاستفاد أعضائها من غطسة الدول الراية وتوفير مزيد من الإمكانية للدول الصغرى كى تلعب دوراً أكثر فعالية على المسرح العالمى . وفى حدود هذا الفهم لا أرى غضاضة فى أن تنضم الدول الإسلامية بظروفها الراهنة إلى تلك الحركة وهذه صورة للتعاون .

ومعنى ذلك أن علاقة الدول الإسلامية بالدول غير الإسلامية تقوم على مبدأ عدم الاعتداء وتحريم استخدام القوة لأن التعايش السلمى لا يعنى الامتناع عن الحرب فحسب بل أيضاً التعايش فى ظروف سلمية أى أن نعطي مالم يقصر لقيصر ومالله لله ، وفى عبارة موجزة « عش ودع غيرك يعيش » . ومأقرب هذه الصورة من التصور التقليدى للعلاقات الدولية فى بدايات القانون الدولى المعاصر . بيد أن هذا لا يعنى أن تقف الدولة الإسلامية موقفاً سلبياً من الدول

غير الإسلامية وإنما يعنى أن إيجابية العلاقات تقوم أصلاً على مدرك السلام .
ذلك أن الحياة الدولية تتطلب أن تُطور الدولة الإسلامية — حسبما تقتضيه
مصلحتها — بعض العلاقات كالعلاقات التجارية والتفافية وعبر ذلك من
العلاقات التي تربط بين الناس خارج بنيانهم الاجتماعى والسياسى لدولهم شأن
ما كان حاصلًا بين الدول — كما قلت — منذ نيف وقرين من الزمان . ولعل
الفارق الوحيد هنا بين النظرية الإسلامية والنظرية المعاصرة هو فى تعريف
العدوان ، ذلك أن العدوان على النشاط الثقافى الدينى يدخل فى النظرية
الإسلامية ضمن مدرك العدوان الذى يبرر اتخاذ الإجراءات التى تتطلبها
مقتضيات الدفاع الشرعى وتلك مسألة لا تهاون فيها . « يأيها السى جاهد
الكفار والمناقين واعلظ عليهم » (التوبة / ٧٣) . ولذا فإن للدفاع
الشرعى — بهذا المفهوم — معنى قد يختلف فى بعض مناحيه عن مدرك الدفاع
الشرعى فى القانون الدولى المعاصر .

وإذن فعلاقة الدولة الإسلامية بأى من دول دار المخالفين تتوقف على سياسة
تلك الدولة من الدول الإسلامية . وتلك لعمر الحق بديهة من بديهيات
السياسة الدولية فإن هى مهجت منهج المواجهة والمسالمة كان حكمها هو
ماقررت الآية الكريمة « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم
من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين » (الممتحنة /
٨) . وعندئذ لا يطلب من المسلمين أن يمارسوا إكراها على هؤلاء لأن
الإقساط لهم يتناهى مع الإكراه .

ولكن لنا أن نتساءل هل يدخل فى تلك الضرورة أن يفتح باب العضوية
فى المؤتمر الإسلامى لدول غير إسلامية أو أن يسهم فى قمته رؤساء غير
مسلمين . أم أن ذلك يمتنع لأنه يدخل فى حكم قوله تعالى « لا تأخذوا بظانة
من دونكم » (آل عمران / ١١٨) .

وإذا كانت الأوضاع الدولية الراهنة قد فرضت على الدول الإسلامية أن
تسلك سبيلاً غير سبيل المؤمنين فذلك استثناء عارض ومحذور تبيحه الضرورة

« قل لو آمن أهل القرى لفتحنا عليهم بركات من السماء والأرض »
(الاعراف / ٩٦) « وما كان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون »
(هود / ١١٧) .

٢ — جوهر القاعدة القانونية الإسلامية :

تتعدد المدارس في توضيح جوهر القاعدة القانونية وبيان أساس القوة
الإلزامية للقاعدة ولذا استملح جمع هذه المدارس — من قبيل الإنجاز غير
المخل — في قسمين : مدارس المصدر الطبيعي ، ومدارس المصدر الوضعي .
وأود ألا يختلط الأمر على القارئ فيحسب أنني أقصد بمدارس المصدر الطبيعي
مدارس القانون الطبيعي ، ومدارس المصدر الوضعي مدارس القانون
الوضعي ، ذلك أنني أضع تحت المدارس الأولى كافة الأفكار التي تتخذ من
غير الإرادة مصدراً ولذا أدخل فيها مثلاً المدرسة الاجتماعية أما المدارس الوضعية
فأدرج تحتها كافة النظريات الوضعية ولذا فهي تضم في مفهومى مدرسة
كالمدرسة المساوية .

إن النظرية الطبيعية ترى أن العقل هو أداة التعرف على القانون ومصدر
العقل في استيحاء القانون — في نظر أصحاب الأفكار اللاهوتية من آباء الفقه
الدولى — هو الوحي الإلهي ، وعند أصحاب الأفكار العلمانية من المتأخرين
هي الفطرة . أما النظرة الوضعية فتستمد قواعدها من التجربة البشرية والخبرة
التاريخية والممارسات العملية . والحق أن المدرستين تتداخلان فالعقل في كليهما
وسيط الطبيعة ووسيط التجربة .

فإذا عرضنا الأمر على النظرية الإسلامية نجد أن أساس القوة الإلزامية
للقاعدة القانونية هي الإرادة الإلهية كما تشخصت في القرآن الكريم وصحيح
الحديث . وإذن فليست إرادة البشر أو الدول هي جوهر القاعدة القانونية
ومصدرها الخلاق وإنما هي الإرادة الإلهية الشارعة . وعلى هدى من هذا فإن
النظرية الإسلامية تدخل في مدارس القانون الطبيعي . ولكن ماهو دور
العقل — حسب النظرية الإسلامية — في استيحاء تلك القواعد وقد جاءت بها

آيات القرآن وبصووص الأحاديث . ولما كان هذا الحق لا بد أن يستند
افكاراً فلسفية ليست فى ذاتها من اختصاص العقيدة القانونى ولكنه لا يستعنى
عما لاسها هى الصوابط الأساسية التى تشكل نزعة صاحب والمطلق الذى يلتزم
ضوءه من عل لإدارة الطريق ، فإننى أنود هنا ايضاً بما قاله فلاسفة المسلمين فى
إبحار بالغ يعنى القارىء من الصياح فى متاهات فلسفية تجاوز هوايته القانونية .
ذلك أن التطابق ليس تاماً بين الفكر الغربى والفكر الإسلامى فى نطاق مفهوم
القانون الطبيعى ، فقهاء القانون الطبيعى يتصورون القانون على أنه كامس فى
طبيعة الأشياء ، فى الكون وفى طبيعة العقل البشرى وحقوق الإنسان
الأساسية . ويرون أن العقل البشرى يمكن أن يستنبطه — أو الجراء الأعلى
منه — بوصف أن العقل قادر على تحديد الخطوط العريضة — على الأقل —
للعادلة الطبيعية . وهذه افكار ترفضها النظرية الإسلامية التقليدية ، إذ أن
جمهور الفقهاء لا يعتبر العقل اصلاً من أصول التشريع ولكن من فلاسفة
المسلمين من يقترب منها أو يماثلها .

فالشعرية ينكرون على العقل البشرى — منعصلاً عن الرعى الإلهى — أن
يميز صفة الخير فى التصرف الإنسانى لأن الخير والشر يحددهما الأمر والنهى .
فعددهم أن الله لا يأمر بالفعل لأنه حسن وينهى عند لأنه سىء بل إن العقل يعتبر
الأمر حسناً إذا أمر الله به ويعنبره سيئاً إذا هى الله عنه ، فالله هو خالق الأشياء
بما فيها من حسن وقبح .

ويقول المعتزلة بعير هذا فهم يرون أن الحسن والقبح صفتان ذاتيتان لبعض
الأشياء وإن اشياء اخرى تتردد بين النفع والضرر والخير والشر فالاشياء فى
رأيهن ثلاثة أقسام : اشياء حسنة فى ذاتها لا يجوز إلا أن يأمر الله بها واشياء
قبيحة فى ذاتها وهذه لا يجوز أن يأمر الله بها . واشياء تتردد بين القبيح والحسن
وهذا القسم يجوز الأمر به أو النهى عنه . فإن أمر به فهو حسن وإن نهى عنه
فهو قبيح للنهى : وأساس رأى المعتزلة — كما هو ظاهر — فرض الحسن الذاتى
والقبح الذاتى فى الامور ، وأن الحسن لذاته يكلف الشخص القيام به . وإن لم

يعلم من الشرع : والقيح لذاته يكلف الشخص أن يتجنبه ولو كان لا يعلم
بى الشارع عنه .

ويرى الماتريدية وكذلك الحنفية أن للأشياء حساً ذاتياً وقبحاً ذاتياً
ويقسمون الأشياء من حيث الحسن والقبح كما قسمها المعتزلة . بيد أنهم
يختلفون بعد ذلك عنهم . فالحنفية يرون أنه لا تكليف ولا ثواب بحكم العقل
المجرد ، بل إن الأمر في التكليف والثواب والعقاب إلى النص وإلى الحمل على
النص . فليس للعقل المجرد أن ينفرد بتقرير الأحكام في غير موضع النص وبل
لابد أن يرجع إلى النص أو يحمل عليه بأى طريق من طرق الحمل ، أو بعبارة
أخرى ليس العقل من مصادر التكليف .

ولقد ذهب الشيعة من علماء المسلمين إلى أن العقل مصدر فقهي فيما لم
يرد به كتاب ولا سنة . على أنهم يعرفون السنة بمعنى أوسع ، ولكن العقل
يعتبر مصدراً من مصادر الفقه الإسلامى عند الإمامية على أساس من الشرع ،
فبإذن منه جعل لهم الحق في الأخذ بما يشير إليه العقل (حامد سلطان —
أحكام القانون الدولى فى الشريعة الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٦٠ ،
٦١ ، ٦٢) .

وشبه بما قدمت مذهب العقلين Rationalists الذى ساد أوروبا فى عصر
النهضة وتكاد تكون نظرية كراب فى « الإحساس بالحق Sense of right » ترجمة
صادقة لرأى المعتزلة . فعند كراب أن أساس الالتزام ليس قوة خارجية وإنما هو
قوة داخلية تلك هى غريزة الإحساس بالحق . إن كراب لا يقصد بهذا الإرادة
الشارعة الإلهية — وهى الإرادة الشارعة فيما يتعلق بالأصول — ولكنه يقصد
الإرادة الشارعة السلطانية فهى إرادة ثانوية ودورها يتعلق بالفروع .

ومن ثم فإن تحليل جوهر القاعدة القانونية الدولية الإسلامية يكشف عما
يكشف عنه تحليلها فى المفهوم المعاصر وهو تداخل اتجاهات المدارس الفلسفية
المختلفة بحيث يصعب على الباحث أن يدعى لنفسه اتجاهًا بعينه فهو لا بد دائر
بين كافة الأفكار . بيد أن تين الخيط الأبيض من الخيط الأسود — أى التفرقة

بين قواعد القانون الطبيعي الإلهي والقانون الوضعي البشرى — أمر أكثر يسراً في النظرية الإسلامية وأظهر حداً من المفاهيم الإسلامية منه في القانون الدولى المعاصر . وذلك بتفصيح بجلاء في التفرقة بين القواعد الآمرة وغيرها من النوازل في كل من المظرتين الإسلامية والزمنية .

لقد استبسط البعض من هذا أن قانون السلام في الإسلام قانون سنّة ذات سمة دينية (وخير تعريب فيما أرى لتعبير natural law هو قانون السس أو قانون الفطرة . ولذا فإنى أستطيع أن استخّدم مصطلح السنّة بدلاً من القانون الطبيعى) . إنه نظام يسبق قيام الدولة الإسلامية ولا تسبقه ويهيمن على الجماعة الإسلامية ولا تهيمن عليه .

وعندى أن هذا القول يحتاج إلى توضيح ، ذلك أن جل الأحكام في النظرية الإسلامية جاءت ضمن الآيات المدنية وفي قول آخر فإن نزول آيات لتلك الأحكام عاصر إن لم يكن قد تلى قيام دولة المدينة وكان نزولها محملاً لتعالج الأحداث . ومن هنا استعد القول بأن النظام القانونى الإسلامى يسبقه وجود الدولة الإسلامية . إن القانون الإسلامى يتشخص في المبادئ العامة للشرعية التى هي في متناول أى باحث . ثم إن عبر التاريخ وسوائقه وحاجات الجماعة الإسلامية شكلت إلى حد بعيد أحكام القانون الأمر الذى توصله أسباب نزول الآيات وصدور الحديث . وهكذا فإن النظرية الإسلامية تقدم مزيجاً طريفاً من العناصر التاريخية والاجتماعية والسمائية . بيد أن آمال الجماعة الإسلامية لم تكن هي وحدها العامل الحاسم في صياغة القانون فهى تؤخذ بعين الاعتبار في إطار النسق السماوى الذى نزل من لدن الحكيم العليم . والحق أن الإسلام كأداة اجتماعية إنما يسعى لتحقيق أمن ورفاهية الجماعة . وينقسم القانون في الإسلام إلى قواعد آمرة وقواعد مفسرة . وتلك التقسمة هي التى تشرح لنا التوازن بين أحكام النظام العام المستمدة من القانون الإلهي الطبيعي أو الفطري — حيث لا أرادة للدولة الإسلامية — وبين الأحكام الأخرى التى يمكن أن تقيمها الدولة الإسلامية لمواجهة حاجاتها المتطورة أو المتجددة .

وتتجه الفلسفة الحديثة — لا سيما في الهند — إلى مناقشة العقل والطبيعة .
وينسب إلى محمد إقبال — الفيلسوف الهندي — أنه يصف الطبيعة بأنها شيء
ليس منفصلاً عن الله ولكنه تصرف الله « إن النفس العليا — في لغة القرآن —
يمكنها أن تستعنى عن جميع العوالم فما نسميه الطبيعة أو ماسوى النفس — ليس
إلا لحظة طارئة في حياة الله » (فضل الرحمن — الفلسفة الإسلامية الحديثة ،
ص ٩٠ ، مقال منشور في الثقافة الإسلامية والحياة المعاصرة ، جمع ومراجعة
وتقديم محمد حلف الله — القاهرة ، ١٩٥٥) .

إن العقل هو الحصى والنهى ضد الخمن ورجل عاقل هو الجامع لأمره لأنه
العقل المثبت في الأمور (ابن منظور : لسان العرب ج ١١ ص ٤٥٨) .
ودليل العقل وقع فيه خلاف إذ نفاه البعض وأثبته الآخرون . وقد ذكرت
بعضاً من حجاج المثبتين ولا أريد أن أخوض في أدلة من نديه والتي تدور حول
اتباع الرأي والقياس لأن ذلك هو الذى أوقع التهارج والخلاف بين المسلكين
وهي كلها بادية الضعف بآبائها المنطق وتتجافها النظرة السليمة .

والحق إن للعقل — بنض النظر عن العنصر الدائسى — دوراً لا يمكن
إبكاره في النظرية الإسلامية فالنظرية الإسلامية تجعل من العقل حجتاً في فهم
الأحكام ، كما هو في العقيدة . يقول عز وجل « ومثل الذين كذبوا كمثل
الذى ينعق بما لا يسمع إلا دعاء ونداء صم بكم عمى فهم لا يعقلون »
(النقرة / ١٧١) . ويقول الشيخ محمد عبده في تفسير هذه الآية « إن الآية
صريحة في أن التقليد بغير عقل ولا هداية هو شأن الكافرين وأن المرء لا يكرد
دعواه إلا إذا عقل والعمل ولو مسالحاً بغير فكر هو غير مؤمن فليس المقصد من
الإيمان أن يدل الإنسان الخير كما يدل الحيوان بل المقصد منه أن يرتفع عن غفلة
وترقب نفسه بمحمل الخير لأن يفتنه آراء الخير السامع الأرضي ، لا يترك البشر الأرض
يفهم سوء عاقبته بدرجة مضرة ... » (هداية السالكين) (البلد / ١٠) .

« فالعقل قوة يتميز بها الإنسان عن غيره من سائر المخلوقات على هذه
الأرض وهو بذلك يرتبط بإدراك وفهم الأصول الإسلامية . إن للإنسان حرية

كبرى في تفهم ماحوله من قوايين الحياة ذلك أن الافعال الإنسانية منتارة فيما أمرت به ، وكما يشهد سليم العقل والحواس من نفسه أنه موجود ولا يحتاج في ذلك إلى دليل يهديه ولا لعلم يرشده ، كذلك يشهد أنه مدرك لأعماله الاختيارية يزن نتائجها بعقله ويقدرها بإرادته » (محمد عبده — رسالة التوحيد في محمد عمارة : الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده / طبعة بيروت سنة ١٩٧٢) . واللجوء إلى العقل ينطلق من حقيقة أنه قمة مثطورة ومن ثم فليس صحيحاً أن نتخذ من تفكير ساذج في عصر ما أساساً لتقييد التفكير في عصر لاحق له . وتبعاً فلا ضرورة هناك لأن يقف عقل المعاصرين عندما قال به عقل من سبقوهم . ولذلك فقد أعطى عمل العقل وصفاً آخر فسمى اجتهاداً . جاء في الكتاب العزيز « كذلك نفصل الآيات لقوم يعقلون » (الروم / ٢٨) وأريد ذلك ايضاحاً عند الكلام على الاجتهاد الفقهي .

يبد أن إضفاء تلك الاهمية على العقل لا تعنى أنه متحرر من القيود ينطلق بلا حدود وإلا اتجه إلى الشطط وبعد عن الحقيقة . لقد جاء الأنبياء لإتمام مراحل التطور الاجتماعي والفكري البشري ، فهم تستقيم أحوال البشر ويتهدب الوجدان . ومن ثم فإن العقل والتفكير انبشروا قاصران عن تحقيق السعادة للإنسان ومن هنا وجب استكمال تلك السعادة بتقوية الوجدان أي الوازع والضمير . وتبعاً فإن الوحي لا يتعارض مع العقل فالعقل بقوانينه يستطيع أن يثبت حقيقة النبوة وبذا يؤمن بكل ما جاء في القرآن وبأنه احتوى على رسالة إلهية . وإذن فيمكن أن نقول مع الشيخ محمد عبده — إن هناك منطقتين : منطقة يعمل فيها العقل بغير حدود ومنطقة تخضع فيها تصورات المرء للمبادئ والأسس الإلهية « فالإسلام جاء ليطلق سلطان العقل من كل قيوده ويعمل في مملكته بحكمته مع الخضوع في ذلك لله وحده ... والوقوف عند شريعته » . (محمد عبده — المرجع السابق — ج ٣ — ص ٤٢٦) .

إننا إذا أنعمنا النظر فيما سلف نجد أن العقل كان أداة مدارس المصدر الطبيعي للتعرف على القانون وكانت الارادة أداة مدارس المصدر الوضعي في

وضع قواعد القانون . والعقل والإرادة — في الفكر القانوني — وجهان لعملة واحدة . ولذا فإن الفرق في الحقيقة بين السرعتين فارق في التعبير والتفصيل دور الجوهر والتعليل لأن الحقيقة التي يتشارك فيها الاتجاهان هي أن العقل هو أداة تحديد القواعد . والعقل في السرعتين إنما يخضع لمؤثرات خارجية عنه يفعل بها ويصهرها في بوتقته ليخرج من ذلك بفكرة ماهية القاعدة القانونية . والحق أن التدبر المتعمق لفلسفة القانون في جوهر قاعدته ينتهي إلى أن المدارس المختلفة في جوهر القاعدة القانونية يجب أن تنصهر في فلسفة واحدة . ذلك أن مدارس المصدر الوضعي تنظر إلى الأمور من حواهبها ولا تعالجها في جوهرها فهي تستطيع مثلاً أن تقول إن كل عبدة في التاريخ تشكل قاعدة قانونية أو أن كل ضرورة اجتماعية تخلق حتماً ملزماً . ولكن الذي يختار العبر ويتقنى الفكر هو العقل . والعقل — سواء أبعث عن الطبيعة أم عن وحى — إنما يصدر عن توجيه إلهي لأن الطبيعة ليست إلا قدرة من قدرات الله . ومن ثم فإن التحليل الصادق ينتهي إلى أن العقل الإلهي هو جوهر القاعدة القانونية ومصدر إلامها .

ولذا فإنني وإن كنت قلت إن جوهر القاعدة القانونية الدولية في النظرية الإسلامية هو قانون السنة أي إرادة الله التي يستمدّها العقل من القرآن والحديث بفطرة الله التي فطر الناس عليها إلا أن النظرية الإسلامية تتسع للنظرية الوضعية كذلك بل إنها مدرسة طبيعية ووضعية إن نحن أخذنا بالتعبيرات المعاصرة وذلك على أساس ما سلفت من أن العقل — أي الاجتهاد — أساس مشترك في كافة المدارس التي تباشر جوهر القاعدة القانونية . وإذن فالاجتهاد يمثل نطاق المدارس الوضعية في النظرية الإسلامية كما يمثل في الوقت ذاته نطاق المدارس الوضعية في تلك النظرية . وأهم صور الاجتهاد إذا نظرنا إلى جوهر القاعدة الإسلامية نظرة وضعية هي الإرادة الشارعة التي يملكها ولي الأمر — أي الدولة — فيما يتعلق بالقواعد التفسيرية في الأحكام الإسلامية ، ذلك أن لولي الأمر — بوصفه ممثلاً للجماعة الإسلامية التي يتولى أمرها — أن يشرع في نطاق تلك القواعد الفرعية مقيداً في

ذلك بالقواعد الأصلية والأحكام الآمرة التي شرعتها الإرادة الشارعية الإلهية .
 وولى الأمر في اجتهاده — أى في ممارسته لإرادته القانونية الشارعية إنما يستمد
 أدواته في التشريع — أى في الاجتهاد في التعرف على الأحكام من مصادرها —
 من وسائل وضعية على نحر ما أوضح في الكلام عن الاجتهاد وصوابه .
 وانتهى مما سلف إلى أن المصدر الحلاق للقاعدة القانونية الدولية في النظرية
 الإسلامية هي الإرادة الإلهية — أى نظرة مدارس السنن أو الفطرة ، وذلك في
 الأحكام الثابتة ، وإرادة المجتهد — أى نظرة المذهب الموضوعي — فيما
 يستنبطه من تفسير أو يقره من أعراف خارج نطاق القواعد الآمرة أو الملزمة .
 ومن ثم فإن للدولة الإسلامية إرادة شارعية ولكنى أسميها بالإرادة المستمدة
 أو الثانوية لأن الإرادة الأصلية هي الإرادة الإلهية وهي إرادة شارعية مستمدة
 تعمل في إطار ماهو مستحب أو -مباح .
 إن هذا القول يركبه تصنيف النظرية الإسلامية لتصرفات الإنسان فهي
 تقسم تلك التصرفات إلى خمسة :

- (١) واجبة أى الرامية . (٢) مستحبة وليست ملزمة .
- (٣) مباحة فلا حرج من فعلها ولا ضرر من تجنبها .
- (٤) مكروهة . (٥) محرمة .

واستطيع — على هدى من هذا التصنيف — أن أقول إن النظرة الوضعية
 يمكن أن تجد لنا مكانا في نطاق ماهو مستحب وماهو مباح . أما المكروه فهو
 بين بين . أما الواجبة والملزمة فتمثل دائرة النظام العام . والحق أن فكرة النظام
 العام — التي تتسم بالغموض في الفكر الغربي — يبدو منطقيا أكثر وضوحاً
 في النظرية الإسلامية من حيث أن السيادة العليا تكمن في القدرة الإلهية .
 إذن فالأصول ثابتة تهيمن على الدولة أما الفروع فهي متغيرة تهيمن عليها
 الدولة ، ولذا أستطيع أن أقول إن القواعد والأحكام المتعلقة بالفروع هي أقرب
 ما تكون إلى القواعد والأحكام الوضعية المفسرة أو المكملة . ومن ثم فإن القول
 بأن جوهر القاعدة الإسلامية هو القانون الطبيعي الإلهي (أى قانون الفطرة)
 لا يمنع من القول بأن النظرية الإسلامية — تأخذ فيما يتعلق بالأحكام
 الفرعية — بما يقارب النظرة الرضعية .

الفصل الرابع فى أصول قانون السلام الإسلامى

مبحث تمهيدى كلمة أولية : تحديد وتعريف

أصل الشئ لغة هو ما بهى عليه الشئ ومنشؤه الذى بنيت فيه والأصل كرم النسب والأصل فيما ينسخ ومنه أصل وأصول الكتاب .

وامراد به اصطلاحاً — أى عند علماء الأصول — الدليل . ولما كان الفقه عند هؤلاء العلماء إنجماً يبنى على الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد فقد اعتبروا تلك المبانى الأربعة هى أصول الفقه بمعنى أنها هى أدلة الفقه .

ولكنى أرى أن فى هذا المفهوم خلطاً لا يستقيم معه حسن عرض المفاهيم ولا يتسق مع الدقة فى رسم طريق قويم لمكر سليم . إننى أضع القرآن والسنة فى مرتبة وحدهما ولا أسوى بينهما وبين الفقه لأنهما يعلوان على الفقه ويمدانه بمادة اجتهاده كما أننى لا أرى أن الإجماع أصل مستقل من أصول الشريعة حسماً أوضح فى حينه . ولذا فإننى استخدم مصطلح الأصول فى معنى شامل يجمع بين القرآن والسنة وفقه القرآن والسنة وأسانيد التفقه فى القرآن والسنة ولا أعادله بمصطلح الدليل ، ذلك أننى لا أعتبرها كلها فئة واحدة متناظرة ولا أنظر إليها جميعاً على أنها أدلة وإنما أضع القرآن والسنة فى مرتبة الصدارة واعتبر الفقه دليلاً على ما يحتويه المصدران من أحكام ، — وأما ما يسلكه الفقه فى التوصل إلى الأحكام كالقياس والاستحسان — فهى أسانيد التفقه وصوابه ومن ثم فإنى أتناول فى مبحث الأصول الكلام عن موضوعات ثلاثة . مصدر قانون السلام الإسلامى وأدلة أحكامه وأسانيد تلك الأحكام . ويعلى الآن

— كى أحسن عرض فكرتى — وى حاجة إلى أن أعرج بكلمة عن مقصود كل من المدلولات الثلاثة للاصطلاح العام « الأصل » فى مذهبى

المصدر والدليل والسند :

يخلط الكثيرون بين لفظى « مصدر » و « دليل » ويحسبون أن اللفظين يحل أحدهما محل الآخر وهذا فى نظرى خلط بين المعنى اللغوى والمعنى الفنى للفظين ، ففى الاستخدام اللغوى قد نطلق لفظة مصدر ونعنى بها القدرة الخلاقة كقولنا إن الله هو مصدر الحياة أى خالق الحياة . وقد نعنى بها الدليل المثبت كقولنا إن القلب هو مصدر الحياة أى أنه مابقى القلب نابضاً فإن هناك حياة ولكن لكل من اللفظين عندى فى الدراسة القانونية معنى اصطلاحياً مستقلاً يختلف عن المعنى الآخر ، فإنى اطلق « المصدر » على القدرة الخلاقة أى الإرادة الشارعة وأطلق « الدليل » على وسيلة الإثبات أى واسطة التحقق من صدور الإرادة الشارعة . وقد تبسط البعض فى التعبير عن ذلك التغير فاستبقوا لفظة « مصدر » ولكنهم اضافوا إليها اوصافاً تحدد المعنى المقصود فالمصدر الخلاق عندهم « مصدر موضوعى » ودليل الإثبات « مصدر شكلى » . بيد أنى أرى أن ذلك يعكس إفلاساً فى التعبير ويضفى غموضاً على التفسير ولذا فإن عرضى أدق تحديداً وأوضح بياناً . والحق أننى آخذ على دراسات علم الاصول عدم نقائها أحياناً فيما تصعيه من مفاهيم على بعض المصطلحات الأمر الذى ينجم عنه غموض فى مدلولات تلك المفاهيم .

أما السند فهو الضابط الذى ينضبط به الدليل كى يتعرف على الحكم المبحوث عنه ، والمثل يوضح ماأقول : لو أن أمامنا نصاً فى القرآن وأردنا أن نفهم حكمه فإن النص هو مصدر الحكم ، والاجتهاد دليله ، والقياس وغير ذلك من الطرائق المماثلة هى سند مانصل إليه من حكم .

والحق أن جمهرة علماء الأصول يمزجون بين الدليل والسند فعضهم — كالتافعى — يتطلب فى المجتهد معرفة القياس فى حين أن معرفة القياس — فيما أرى — ليست شرطاً لتوفر مرتبة الاجتهاد وإنما هى وسيلة يسلكها المجتهد كى

يصل إلى فتواه . والبعض الآخر يذكر أسانيد الحكم الأخرى — مثل الاستحسان والمصلحة — كبدائل للاجتihad أو قرائن له . والقول عندى فيها أنها ليست بدائل للاجتihad ولا قرائن له ولكنها أدوات الاجتihad التى يستند إليها المجتهد فى الوصول إلى ماينتهى إليه فالمجتهد يتوصل إلى فقهه عن طريق استخدام القياس أو الاستحسان أو تحرى المصلحة ، الخ .

ذلك أن المجتهد — كما قال الغزالي — هو المستثمر الذى يحكم فطنته ، أما الأحكام فهى الثمرات (الغزالي — المستصفى — ٨ / ١) .

والاجتihad ملكة تحصيل الحجج فهو صفة فى المجتهد ، أما طرائق جنى الثمرات أو ضوابط ممارسة الملكة فهى أسانيد المجتهد التى يتوصل بها للوصول إلى حكمه ، والمثل يقرب ماأقول ذلك أن الفنى يملك ملكة هى التى تتجسد فتأتى صورة مثلاً ولكنه لا يستطيع أن يصور صورته إلا بوسائط معينة هى الفرشاة والزيت والقماش . وهذا أيضا هو مثل الاجتihad ، فالاجتihad ملكة ولكنها لا تمارس بالهوى وإنما طبقاً لضوابط منهجية معينة أى أن الاجتihad بمثابة شهادة على الحكم وهى شهادة لها ثقلها لأن صاحبها — وهو المجتهد — تتوفر فيه شروط تطمئن إلى قبول الشهادة ولكنه لا يستطيع أن يدلى بشهادته إلا بأسلوب معين يستند إليه فى الإقناع بأنه يسلك وسائط سليمة ولذا فإننا نسأل عن الفتوى ونسأل عن صاحبها ونسأل عن مصدرها ونسأل عن الضوابط التى انتهجها وبذلك نحكم عليها .

وبدئى بعد هذه المقدمة أن أتناول الفروع الثلاثة التى تنطوى تحت مسمى « الأصول » وهى : المصادر (القرآن والحديث) والأدلة (الاجتihad) والأسانيد (القياس والاستحسان والمصالح المرسله وسد الذرائع) — بشرح توضيحى .

المبحث الأول في مصادر قانون السلام

تحديد معنى المصطلحات :

لقد كانت مصادر قانون السلام في حياة الرسول هي الإرادة الإلهية التي ينسبها الله للناس عن طريق رسول الله ﷺ من قرآن كريم وما يتولاه من حديث شريف « وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيرسله بأذنه ما يشاء » (التورى / ٥١) .

رياذن فالقرآن والحديث هما المصدران الوحيدان . وقد بين القرآن الكريم - بما لا يحتاج إلى مزيد بيان - أن الحديث له حجية المصدر بالنسبة إلى نعمة الإسلام الغراء ، على نحو ما بين بعد قليل . ولكن جمهور الفقهاء يصنفون إلى هذين المصدرين مصدراً ثالثاً هو الإجماع ، ولذا فإن مصادر قانون السلام عندنا هو القرآن والسنة والإجماع . والحق أن إيراد الإجماع مع القرآن والسنة من حيث المنجبة - حتى ولو وضع الإجماع في مرتبة تالية لقرآن والسنة - أمر يدعو إلى التفكير إذ كيف يمكن أن نجتمع الإرادة البشرية مع الإرادة الإلهية في تصنيف واحد حتى ولو كان ذلك على ترتيب تنازلي . ولذا فإن أرفض - إذا كان المقصود بالمصدر هو الإرادة الخلاقية - أن يكون الإجماع مصدراً لقانون السلام . وأناقش ذلك تفصيلاً بعد أن اعرض للمصدرين الأصليين : القرآن والسنة ، بكلمة تنحصر في علاقة المصدرين الكريمين بدراساتى القانونية لأن الكلام عنهما مطلقاً تضيق عند الأسفار وتقصر دونه الأشعث . بيد أنني أحب أن أمهد لذلك بعجالة عن علاقة الحديث الشريف بالقرآن من حيث الحجية وأرجو أن أعرض فكرة النسخ في القرآن والحديث إلى حين الكلام عن سمات القرآن الكريم .

القرآن والسنة مصدران متعادلان من حيث الحجية :

أحب قبل ان اتناول كلا من المصدرين بالمناقشة أن أجيب على سؤال يطرح ذاته في البداية : هل القرآن والسنة مصدران على المستوى ذاته بمعنى أن خلا منهما يكمل الآخر ويمسره . يقول الشافعي بأن « السنة لا ناسخة للكتاب وإما هي تبع للكتاب » . وحجة الشافعي هي قوله تعالى « وإذا نتلى عليهم آياتنا بينات قال الذين لا يرجون لقاءنا إئت بقرآن غير هذا أو بدله قل ما يكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي إن اتبع إلا ما يوحى إليّ، إذ أخاف إن عصيت ربي عذاب يوم عظيم » (يونس / ١٥) . ورأى الشافعي ينطلق من رغبته في استبعاد الموازنة بين قول العبد ، لو كان العبد رسولاً وقول الله (ربي المعجم — الأصول الإسلامية — المرجع السابق ، ص ٩٤ — ٩٥) .

ورأى الغزالي أن السنة - حجة لدلالة المعجزة على صدقه ﷺ ، « ولأمر الله تعالى إيماناً باتباعه ولأنه لا يمتنع عن الخوي، إن شو إلا وحي يوحى وقول رسول الله ﷺ على من سمعه شفاها فأما نحن فلا يبلغنا قوله إلا على لسان الخبيرين إما على سبيل التواتر وإما بطريق الآحاد » (الغزالي — المستصفى من علم الأصول ، ج ١ ، ص ١٢٩) :

والقول عندى أن الحديث إذا صح فهو حجة على مستوى القرآن لأن كليهما صادر عن الديان . فكلام الله واحد « وليس له كلامان أحدهما قرآن والآخر ليس بقرآن وإما الاختلاف في العبارات فربما دل على كلامه بلفظ منظوم يأمرنا بتلاوته فيسمى قرآناً وربما دل بغير لفظ يتلى فيسمى سنة والكل مسموع من الرسول عليه السلام ... » (الغزالي — المستصفى — ج ١ ، ص ١٢٤ — ١٢٥) فقد تولى القرآن الكريم في حياة الرسول تنقية الحديث مما قد يخالف أحكام الله وصحح ما رآه في حاجة إلى تصحيح ، كما جاء مثلاً في فتوى الظهار — وتعا فلم يبرأ . لمتقول أن يدعى أن الحديث بعد وفاة الرسول وانقطاع الوحي يمكن أن يكون فيما أتى من أحكام أقل إلزاماً . ومن ثم فإن الحديث ليس كما يقول البعض مصدراً يلى القرآن وإما هو والقرآن مصدران

متساويان والفرق بينهما في الإثبات فالقرآن وبمحفظ الله لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه أما الحديث مما دخل عليه من زيف يحتاج إلى فحص وتحريض فإن ثبت وتأيد فهو حكم الله من فوق سبع سموات . وإلا فكيف يكون هناك ترتيب تنارلى بين ما يصدر عن الإرادة الشارعة الواحدة إلا إذا حددت هي هذا الترتيب وهو مالم يأمرنا به الله بل إن النصوص تزكى المساواة ، ولكن بعض الوحي يتلى فيكون كتابا وبعضه لا يتلى فيكون سنة .

وقد ساءلت نفسى كثيراً لماذا أراد الله تبليغ شريعته في صورتين : القرآن والحديث . ولماذا لم يوحد الصورة مادام أن القرآن والحديث كليهما بوحى من الله . إن الجواب الشائع هو أن السنة تكمل القرآن ولكنه جواب غير شاف لأن كليهما يصدر عن وحي إلهى والمنطق أن يكون للتنوع مبرراً . والجواب عندى هو أن الأحكام التى ورد بها الحديث نوعان : وحي إلهى واجتهاد . إن تقسمة الحديث إلى حديث عن وحي وحديث عن اجتهاد مسألة تعرض لها الشافعى فى سياق قضية لعان عويض لزوجته فقال إن الرسول انتظر الوحي فى ذلك حتى نزلت آيات اللعان فلاعن بينهما كما أمر تعالى فى اللعان ثم فرق بينهما فألحق الولد بالمرأه ونفاه عن الأب وقال له : لا سبيل لك عليها ولم يرد الصداق على الزوج فكانت هذه أحكاما وجبت باللعان ليست اللعان بعينه : بيد أن الشافعى لم يقطع فى هذه القضية برأى حاسم ، ولعل عذره فى ذلك هو عدم الجدوى العملية فى نظره لأن الحديث النبوى واجب الإلتباع سواء كان وحياً أم اجتهاداً . ومن الفقهاء من قال بأن سنة رسول الله وحي أو بيان عن وحي .

ولكن القضية عندى واضحة فالحديث قد يكون وحياً « وعلمك مالم تكن تعلم » (النساء / ١١٣) . « إن هو إلا وحي يوحى علمه شديد القوى » (السج / ٥) . وقد يكون اجتهاداً « كما أرسلنا فيكم رسولاً منكم يتلو عليكم آياتنا ويزكيكم ويعلمكم الكتاب والحكمة ويعلمكم مالم تكونوا تعلمون » (البقرة / ١٥١) . لقد كان الرسول ﷺ نبياً ومعلماً فهو نبى

ينسى نبأ من عند الله ومعلم يعلم الناس والله يشهد مايقول . فالحديث إذن قد يكون علما علمه الرسول من الله وقد يكون قولاً من عنده منسوب إليه فهو في الحالة الأولى وحى وفي الحالة الثانية اجتهاد . فإذا كان الحديث بوحي مباشر كان له ثبات القرآن الكريم كقوله ﷺ « صلوا كما رأيتموني أصلي » . وتبعاً فإن حكمه من حيث النسخ هو حكم القرآن أى أنه في المعاملات لا يرد عليه النسخ ولا يطرأ عليه التبديل . أما الاجتهاد فهو الذى يجوز أن يكون محل نسخ أو تبديل . يقول الرسول ﷺ : أنا أقضى بينكم الراى فيما لم ينزل فيه وحى (الأمدى — الاحكام) ، ج ٢٤ ، ص ٤٥) أما أن الله قد ترك شطراً من وحيه ليكون في صورة حديث فذلك — في مذهبي — له حكمتان : (١) لكي يوفر للرسول ﷺ فرصة أن يكون — كما نعتة الله — « بالموثوقين رؤوف رحيم » ولذا فإن الأعلب في الحديث الذى يبلغ وحياً أن يكون في تفصيله أو توضيحه أو تحديده أكثر رافة وأبلغ رحمة في تفسير القرآن وتطبيقه . مثال ذلك الديات ، والديات هي الشئ المهم الذى وسع المسئولية وخفف العقوبة . رب معترض يقول إن حكم الرجم ثبت بالنسبة وهو أشد قسوة من الجلد الذى حاء في القرآن . ولكن هذا المثل اليتيم لا يطعن على رأى لأن حكم الرجم ليس ثابتاً ثبوتاً قطعياً في الشريعة الإسلامية فإن من الفقهاء من ينكره بأدلة لها وجاهتها ولا أريد الخوض في هذا الجدل حتى لا أتشعب بالبحث في غير مناحيه ، ومع ذلك فلعل لغيرى تفسيراً أفضل مما أقول . (٢) أما أن للرسول اجتهاداً يمكن أن ينسخ أو يتغير فحكمة ذلك أن يبين الله للناس أن الكمال له وحده وأن العصمة لا تكون إلا الله أو بالله « علمها عند ربى في كتاب لا يضل ربى ولا ينسى » (طه / ٥٢) . ولعلنى في ذلك قريب مما كان يدور بخلد ابن الشخير عندما قيل له « لاتحدثونا إلا بالقرآن ، فقال والله ما نريد من هو أعلم منا بالقرآن » (الشاطبي — الموافقات — ج ٤ ، ص ٢٢) .

المبحث الثانى فى مصادر قانون السلام الإسلامى

الفرع الأول فى القرآن الكريم

« كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير » (هود/ ١)

القرآن كمقننة قانونية :

القرآن هو كتاب الإسلام المقدس الذى أنزله الله للناس على لسان نبيه الكريم محمد بن عبد الله الأمين « وإنه لتنزيل رب العالمين نزل به الروح الأمين على قلبك لتكون من المنذرين بلسان عربى مبين » (الشعراء / ١٩٢ — ١٩٥) « ومعناه هو الكلام القائم بذات الله تعالى والكلام اسم مشترك قد يطلق على الألفاظ الدالة على مافى النفس : نقول سمعت كلام فلان وفصاحته وقد يطلق على مدلول العبارات وهى المعانى التى فى النفس » (الغزالى — المستصفى ، ج ١ ، ص ١٠٠) .

وقد نزل منجما على الرسول ولم ينزل دفعة واحدة ، وتشهد على ذلك الآية الكريمة « وقال الذين كفروا لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لثبت به فؤادك ورتلناه ترتيلاً » (الفرقان / ٣٢) « وقرآنا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلاً » (الإسراء / ١٠٦) بيد أن جمعه وقرآنه كان عملا ربانيا ولم يترك أمره لتقدير المسلمين « لا تحرك به لسانك لتعجل به إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه » (القيامة / ١٤ — ١٨) . ومن ثم فالقرآن فى الحقيقة كمال واحد أوحى به على نمط متكامل وكان النسب يحفظ

ما يوحى إليه ويبلغه للناس ويأمر كاتباً من كتّابه أن يكتبه . وكان للنبي كتاب معروفون يكتبون له أشهرهم الحلفاء الأربعة . وكان أبو بكر هو أول من جمع القرآن في مصنف (مصحح) بمكس أن يستنسخ . وقد وزعت نسخ من هذا المصنف في مختلف بقاع العالم الإسلامي على عهد عثمان بن عفان . وتنقسم آيات القرآن إلى قسمين رئيسين :

(١) الآيات المكية التي نزل بها الوحي على مدى ثلاث عشرة سنة أثناء إقامة الرسول في مكة بعد أن بعث فيها .

(٢) الآيات المدنية التي نزلت خلال السنوات العشر التي أقامها الرسول في المدينة بعد أن هاجر إليها من مكة .

ولتلك التقسمة مغزى ذلك أن الآيات المكية كانت تبياناً للعتيدة ورداً على مسائل وجودية تتعلق بوحداية الخالق وتنزيهه وعمل الملائكة والأنبياء ووصف المعاد واليوم الآخر ، فهي في إنجاز تعالج المسلمات الأولية وتتناول الأحداث التاريخية . أما الأحكام فقد نزل معظمها في المدينة المنورة ولذا فإن الآيات المدنية هي التي تمدنا بالأحكام القانونية والظم الاجتماعية . ولا يستطيع الباحث أن ينكر سمو الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم لتنظيم شؤون الحياة الاجتماعية والاقتصادية والأسرية والجنائية والمدنية والتجارية والإدارية والدولية . بيد أن القرآن ليس مقننة على نمط المجموعات القانونية الحديثة بل هو — كوثيقة قانونية — ذو سمات خاصة ألخصها فيما يلي :

١ — نزلت الآيات التشريعية في الغالب جواباً لأحداث وقعت في المجتمع الإسلامي وتعرف هذه المناسبات بأسباب النزول ، وقل أن نجد حكماً أو آية تشريعية نزلت دون مناسبة . وهو بذلك يتضمن معظم المدركات التي نحتاجها لتشكيل المجتمع المتمدين (أنظر ، Coulson. N.J., History of Islamic law, Edinburgh, p.II.) وكذلك أيضاً فإن ترتيب الآيات في معالجتها قد لا يترابط من حيث الزمان أو الموضوع وعندئذ قد يغنى في تلمس تفصيل بعض الأحكام أن يجمع الآيات الخاصة بموضوعها من مواقع متفرقة في مختلف السور .

٢ — نزل القرآن بلسان العرب على لهجة قريش وصار منعاً للغة العربية ومصدراً لها فيما بعد « إنا أنزلناه قرآناً عربياً » (يوسف / ٢) « كتاب فصلت آياته قرآناً عربياً لقوم يعلمون » (فصلت / ٣) . قال الشافعي « إن القرآن الكريم نزل بلسان العرب دون غيره لأنه لا يعلم من إيضاح حمل على الكتب أحد جهل سعة لسان العرب وكثرة وجوهه وجماع معانيه وتفرقيها ومن عليه انتمت عنه الشبهة التي دخلت على من جهل لسانها ... إن القرآن نزل بلسان العرب خاصة بصيغة للمسلمين والنصيحة لهم فرض لا ينبغي تركه » . (الشافعي — الرسالة ، تحقيق وشرح أحمد شاكر ، ص ٥٠) .

٣ — عدد آيات الأحكام قليل إداقيس بمجموع عدد آيات القرآن فالآيات التي تنصص أحكاماً بالمعنى الفني للتعبير تكاد لا تتجاوز ثمانين آية . وقد نجد أن بعض الأحكام تعالج في إسهاب وأخرى ترد في إنجاء ، بل إن هناك من المشكلات ما سكت القرآن عن إيراد حكمها .

٤ — يحتوي القرآن على آيات محكمات وأخر متشابهات . أما ما كان محكماً فقد ظهر معناه على نحو يزيل الإشكال ويرفع الاحتمال . وأما المتشابه فهو ما وقع فيه الاحتمال سواء خجعة التساوى كالألفاظ المجملة أم على جبهة التساوى كالأسماء التجارية وما ظاهره وهم للتشبيه وهو مفتقر إلى تأويل وإنما سمي متشابهاً لاشتباه معناه على السامع » (الآمدى — الأحكام في أصول الأحكام — بيروت ، المكتبة العلمية ، ١٩٨٠ ، ح ١ ، ص ٢٣٧) وإلى عودة إلى ذلك التسميم بعد قليل . والله عز شأنه هو أول مبين لكتانة لأنه الأعلم بكلامه ومراده ولذلك يقول عز وجل « وما يعلم تأويله إلا الله » . وإذا راجعنا الآيات التي جاءت فيها كلمة « يسألونك » أو كلمة « يستفتونك » ووقفنا على تفسيرها وسبب نزولها لفهمنا أن الله عز وجل تولى بيان الأمور وتفسير الأحكام « ثم إن علينا بيانه » (القيامة / ١٩) .

وقد ذكر السيوطي أنه صنف كتاباً مسنداً فيه تفاسير النبي والصحابة ، ووضع من هذا الكتاب مختصراً هو كتابه المطبوع « الدر المنثور في التفسير

المأثور « . وفي كتاب « الاتفاق » ساق السيوطي مجموعة من آثار التفسير المروية عن الرسول ﷺ .

النسخ في القرآن :

ومادمت بصدد الكلام عن السمات الخاصة بمعالجة القرآن الكريم للأحكام القانونية فإن هناك قضية كبرى تثير الخلاف بين الفقهاء وتتعلق بموضوعنا هذا ألا وهي قضية النسخ في القرآن الكريم .

والنسخ في اللغة هو الإزالة وهو مأخوذ من قولهم نسخت الشمس الظل أى أزالته « يعرف الفقهاء النسخ بأنه رفع الشارع الحكم الشرعى بدليل شرعى لاحق وسببه التيسير على الناس والتدرج فى التشريع وتغير أحكام المعاملات بتغير الزمان » (صبحى المحمصانى — فلسفة التشريع فى الإسلام — بيروت ، مكتبة الكشف ، ١٩٤٦ ، ص ١٠٩) . ومعنى هذا أن النسخ عند هذا الفقيه يطلق على ثلاثة تصورات : التفسير والتدرج والتغيير .

ولقد تعددت أبحاث النسخ عند علماء المسلمين وأسوق نماذج لما قاله بعضهم فى هذه القضية . يقول الشافعى : « إن الله خلق الخلق لما سبى فى علمه مما أراد بخلقهم وبهم ، لا مبعث لحكمه وهو سريع الحساب ... وأنزل عليهم الكتاب تبياناً لكل شئ ، وهدى ، ورحمة وفرض فيه فرائض أثبتنا وأخرى نسخها رحمة لخلقهم بالتخفيف عنهم والتوسعة عليهم ، زيادة فيما ابتدأهم به من نعمة . وأنابهم على الانتهاء إلى ما أثبت عليهم جنته والسحابة من عذابه فعمتهم رحمته فيما أثبت ونسخ .. وأبان الله لهم إنه إنما مانسخ من الكتاب بالكتاب وأن السنة لا ناسخة للكتاب وإنما هى تبع للكتاب ، يمثل ما أنزل نصاً ومفسرة معنى كما أنزل الله منه حملاً » (الشافعى — الرسالة ، ص ١٠٦ — ١٠٨) . وقد أفرد الغزالي فصلاً خاصاً للنسخ بين فيه أركانه ، قال « إن أركان النسخ أربعة النسخ والناسخ والمنسوخ والمنسوخ عنه ، فإذا كان النسخ حقيقة رفع الحكم فالناسخ هو الله تعالى فإنه الرفع للحكم والمنسوخ هو الحكم المرفوع والمنسوخ عنه هو المتعبد المكلف والنسخ قوله الدال على رفع الحكم

الثابت وقد سمي الدليل ناسخاً على سبيل المحار فيقال هذه الآية ناسخة لتلك ، وقد يسمى الحكم ناسخاً محازاً فيقال صوم رمضان ناسخ لصوم عاشوراء . والحقيقة هو الأول لأن النسخ هو الرفع والله تعالى هو الرافع بنصب الدليل على الارتفاع وبقوله الدال عليه . أما مجامع شروطه فالشروط أربعة : الأول أن يكون المنسوخ حكماً شرعياً عقلياً كالبراءة الأصلية التي ارتفعت بأبحاث العبادات ، الثاني أن يكون النسخ مخطاب فارتفع الحكم بموت المكلف ليس ناسخاً إذ ليس المريل خطاباً رافعاً لحكم مخطاب سابق ولكنه قد قيل أولاً للحكم عليك مادمت حياً فوضع الحكم قاصر على الحياة فلا يحتاج إلى الرفع الثالث إلا أن يكون الخطاب المرفوع حكمه مقيداً بزقت يقتضى دحوله زوال الحكم كقوله تعالى « ولا تقربوهن حتى يطهرن » وقوله تعالى « حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » . (الغرالى — المستصفى ، ج ١ ، ص ١٢١ — ١٢٢) ، وقد قيد المعتزلة بعض الأحكام واعتبروا أنها تقتضى صفات نفسية وعقلية كالحسن والتصح وقالوا إنها غير قابلة للنسخ ولا تنسخ مثل وحوب عبادة الله تعالى فلا ينزور نسخ النوحوب وتخريم الكفر والظلم فلا ينزور نسخ انتحرتهم .

ومن تماذج الاختلاف الكلاسي في المسألة تعريف السسخ للامدى وما رد به على بعض آراء المعتزلة . يقول « السسخ عبارة عن خطاب الشارع المانع من استمرار مانت من حكم خطاب شرعى سابق ولا ينفى مافيه من الاحتراز من غير تقييد بالسراحي ... إن إرالة المثل إما أن تكون قبل وسرد ذلك امثل أو بعد وجوده أو حالة وجوده . الأول محال فإن لم يوجد لا يقال إنه آريل والثانى أيضاً محال فإن إرالة ما عدم بعد وجوده ممتنع والثالث أيضاً محال لأن إرالة هى إندام وإندام الشيء حال وجوده حال وإنه خير مانع إذ يدحل فيه إرالد ما كان ثابتاً من الأحكام العقلية قبل ورود الشرع مخطاب الشارع المنراحي على وجه لولا خطاب الشارع المغير لكان ذلك الحكم مستمراً وليس بسسخ ... » (الآمدى — الإحكام ، ح ٣ ، ص ١٥٠ ، ١٥٥) .

إن المستقرىء لما قدمته من آراء ولعبرها من الآراء يحد أن في النسخ نظرتين متعارضتين إحداهما ترى أن آيات القرآن يمكن أن ينسخ بعضها البعض الآخر بالسنة لبعض الأحداث وهما يختلف أصحاب النظرية فمهم من يخصر النسخ في رفع الحكم ومهم من يصيف تخفيف الأحكام أو التدرج فيها ، والأخرى تكرر فكرة النسخ أساساً .

والنسخ عند القائلين به يعتمد على دليلين :

١ — الدليل النصي : فالله تعالى يقول « وإذا بدلنا آية مكان آية والله أعلم بما ينزل قالوا إنما أنت مفتر بل أكثرهم لا يعلمون » (الحبل / ١٠١) ويقول عمر من قائل في موضع آخر « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير » (البقرة / ١٠٦) . وهناك آيات أخرى يذكرها بعض أصحاب هذا الرأي ولكني لا أرى داعياً لذكرها لأن الافتعال في تفسيرها بما يؤيد نظرتهم ظاهر ورفع حجتهم بها ليسور وحاسم ..

٢ — الدليل العقلي ، الذي يقر بأن الله تعالى قادر على أن يفعل ما يشاء والله يأمر المكلف بالفعل في زمان لعلمه بمصلحته فيه وينهاه عنه في زمن آخر لعلمه بمصلحته فيه (رفيق العجم — الأصول الإسلامية — منهجنا وأبعادها ، بيروت ، دار العلم للملايين ، ١٩٨٣ ، ص ٩٨) .

أما الدين ينكرون قضية النسخ — وأنا منهم — فسندهم هو انعدام الدليل من القرآن والسنة على سلامة تلك القضية . بيد أن الذي اعترض عليه في قضية النسخ — ليس هو النسخ أياً كان — وإنما اعترض على الرأي الذي يذهب إلى أن النسخ هو رفع الحكم كله في المعاملات أي أن في القرآن نصوراً تتعلق بالمعاملات وأن هذه النصوص ينسخ بعضها بعضاً . أما النصوص الأخرى للنسخ فتلك قضية تخرج عن نطاق هذه الدراسة .

وأود أولاً أن أفرق بين النسخ والبداء . فالبداء هو العلم بعد العمل

والظهور في الخفاء . وبدهي أن الداء مستحيل في حق الله تعالى لأن الله لا يمكن أن يكون نسخه للآية بداء إذا ظهر الأمر لاحقاً فسخ وأثبت . ولذا ينكر الأمدى أن يكون النسخ كذلك إذ لا يبعد أن يعلم الله تعالى في الأزل استلزام الأمر بفعل من الأفعال للمصلحة في وقت معين واستلزام نسخه للمصلحة في وقت آخر ، فإذا نسخه في الوقت الذي علم فيه نسخه فلا يلزم من ذلك أن يكون قد ظهر له ما كان خفياً عليه . (الأمدى — الأحكام ، المرحع السابق ، ح ٣ ، ص ٩٦٠) .

كذلك يطيب لي أن أفرق بين النسخ والتخصيص فالتخصيص هو الخروج بصيغة عامة عما وضعت له من العموم إلى الخصوص بدليل وهذا ليس تغييراً لإرادة الشارع وإنما هو بيان لها وهذا هو الفرق بين التخصيص والنسخ فالتخصيص تحديد لمدلول النص والنسخ إنهاء لأمد حكم النص . وأود — قبل مناقشة أسانيد النسخ — أن اكرر أن الرأي الذي أرفضه في قضية النسخ هو القول بأن القرآن الكريم فيه نصوص تعالج أحكام المعاملات وأن هذه النصوص بقيت في القرآن ولكن بعضها ينسخ البعض الآخر . أما غير ذلك من صور النسخ الأخرى كالنسخ في نصوص العبادات أو نسخ ما سبق من رسالات سماوية فلا أتعرض لها هنا لأنها لا تستهم هذه الدراسة .

ولعل من المناسب أن أضيف هنا كلمة عن الفرق بين التخصيص والتقييد فالتخصيص هو تصرف فيما تناوله اللفظ ظاهراً وأما التقييد فهو تصرف فيما سكت عنه اللفظ ولذا يعمل بالأصل — وهو العام — في التخصيص وأما التقييد فلا يعمل فيه بالأصل ، فلما قلت عاقبت المخطيء عدداً الأطفال فهو تخصيص في نص العقاب لأن الطفل قد يخطيء وقد لا يخطيء وإذا قلت الجندي لا تجب على المواطنين الأطفال فإن الأصل وهو الجندي لا تجب على المواطن لأن الأصل لا يعمل به وإنما يعمل بموجب القيد وهو « الأطفال » .

ويقول الأحناف بفرق آخر بين التخصيص والتقييد وهو أن التخصيص جملة والتقييد مفرد .

وقد أوردت هذه الكلمة عن التقييد لأن القائلين به قد يقعون في خطأ تصور بعض حالات التقييد على أنها نسخ .

وعلى هدى من ذلك انتقل الآن لمناقشة حجج القائلين بالنسخ وابتداءً أولاً بالدليل النصي الذي أورده المؤيدون فقد فهمه أصحابه على خلاف مقتضى الآيات . فإذا نظرنا إلى آية سورة النحل نجد أنها آية مكية ، أي أنها نزلت قبل نزول آيات الأحكام القانونية . ومادام أن الذي يهمنى هنا هو النسخ في محيط العلاقات القانونية فإن الآية لا تفسر على أنها تتعلق بأحكام القواعد القانونية . ولذا فإني أؤيد من يرجحون تفسير الآية على أنها تتعلق بالرسالات السماوية وأن النسخ المقصود هو نسخ في شأن الرسالات التي سبقت بعثة الرسول ، ويقرب هذا المعنى زعم المشركون بأن الرسول مفتر إدا لا يفهم اتهام المشركون للرسول بالافتراء إلا على أنه افتراء على الرسالات السوالم بأن يدعى أنه جاء بوحي إلهي يحل محل ما سلف من وحي . وهكذا فالمفهوم الأسلم للآية يبعد ما عن أن تكون دليلاً نصياً في أن آيات القرآن قد ينسخ بعضها البعض الآخر في الأحكام القانونية .

وتذهب الكثرة من الفقهاء في تفسير الآية الثانية مذهبهم في تفسير الآية الأولى فهي أيضاً قد نزلت في حق اتباع الديانات الأخرى — وعلى الأنحص اليهود — وتتغيا إقناعهم بأن الله قد ينسخ في بعض الأحيان وحيًا سابقاً بوحي لا حق بغية تحقيق رفاهية البشرية . والقول عندي أن الآية يمكن أيضاً أن تفسر على أساس أنها تتعلق بالمظاهر المادية للكون ودليل على ذلك أن عجز الآية يتحدى بقدرة الله على كل شيء . والقدرة تكون في الآيات الكونية أما الآيات العقلية فالصفة الأقرب للتحدي فيها هي العلم والعدل والعقل وما إلى ذلك فلو أن عجز الآية تحدى بعلم الله أو بعدائه أو بما إلى ذلك لكان المنطق أن نفهم صدر الآية على أنه يتعلق بنسخ الرسالات أو الأحكام . ولكن التحدي هنا هو بقدرة الله فتعاقب الليل والنهار مثلاً في دورة يومية هي آية من آيات الله فلو أن الله نسخ هذا التعاقب — شأن الحال في المناطق التي يستمر فيها كل من الليل

والنهار أشهراً — فإن ذلك النسخ يتم بقدره الله ويكون قد أتى في تلك المناطق نآية في التعاقب وهي إن لم تكن أفضل من الدورة اليومية بالنسبة للمناطق التي تشهد تلك الظاهرة فهي على الأقل تماثلها قياساً لظروف الحياة هناك . كذلك عندما يفيض الماء ويزول العصر الجليدي فننسى مع رواله آيات من آيات الله في خلقه، عجز العلم عن كشفها ولم يصل إلينا حرها فتلك آية نسخت وسبت لما هو أفضل وهو العصر الذي نعيش فيه اليوم بما يملك من حضارة وينعم بمقومات . وجدير بالذكر أن القرآن الكريم يصف مظاهر القدرة الكونية بأنها آيات كتوله تعالى « وآية لهم الأرض الميتة أحييناها » (يس / ٣٣) . وفي القرآن الكريم أمثلة كونية بدلتها القدرة الإلهية من ذلك النار التي أمرها المولى بأن تكون برداً وسلاماً على إبراهيم . ويد موسى التي أخرجها لفرعون بيضاء تشع بالنور ، وذلك بداهة نذر يسير . ثم إننا إذا قلنا مع المؤيدين للنسخ إن الآية نص في نسخ الأحكام فكيف نفهم أن الله تعالى قد ينسخ حكماً ثم يأتي بمثله . أيسخ الله القصاص مثلاً ثم يأتي مرة أخرى بالقصاص ؟ . إن النص يبدو أكثر قرباً للفهم إذا تعلق بالماديات لأن التماثل في الماديات يمكن أن يكون بالتعادل أما التماثل في الأحكام القانونية فلا يكون إلا بالتطابق . وتبعاً فإن فهم الآية على أنها تتكلم عن الأحكام القانونية يثير جدلاً في شرحها ما أغنانا عنه .

والآية صريحة في أن النسخ لا بد أن يكون بآية أي أن الله لا ينسخ آية أو ينسخها ثم يقف بالأمر عند هذا الحد بل هو عندما ينسخ الآية أو ينسخها إنما يأتي بغيرها . فكيف يضع الله في محكم كتابه آية للناس في المعاملات ثم ينسخها الناس بعد ذلك . إن الآية التي تنسى لا بد ألا يكون لها وصف في الكتاب الكريم لأنها إذا نزلت في القرآن الكريم فلا بد أن يذكرها الناس كلما رجعوا إلى كتاب الله . لعل بعض القائلين بالنسخ هنا يقصدون إلى ما قيل من أن النبي ﷺ أوتي قرآناً ثم نسيه فلم يكن شيئاً أو لم يبق منه شيء لما رفعه الله تعالى عن قلبه (انظر كشف الاسرار لعبد العزيز البخاري تعليق البزدوى ، ج ٣ ، ص ١٨٨) وإني وإن كنت أرفض هذا القول أجد أن الاقرار به لا ينهض دليلاً على

النسخ لأن النسخ لا يكون إلا لنص ولا يكون إلا بنص ومادام أن الأمر لم يصل إليها وقد ظل — على ما يقول به أصحابه — في عيب الله فلماذا يحدثنا القرآن به وما هو مراد الله من أن يخبر البشر بأنه ينزل على قلب رسوله شيئاً ثم يرفعه ونحن لا نعلم مادام أن الأمر لم يرفع .

أما الدليل الثاني فهو صحة للمكبرين وليس للمؤيدين ذلك أننا لا نناقش هنا إطلاقية قدرة الله فالله قادر على أن يفعل بعباده ما يشاء فهو — كما يقول العزالي — يملك بمطلق صلاحيته أن يقول للناس حججوا ثم يقول قبل يوم عرفة لا تحجروا فقد سحّت عنكم الأمور وإن قضية السح لا تتعلق بهذا السحب وإنما تتعلق بفهم ما أنزل الله فعلاً من أحكام . لقد نزل القرآن منجماً على الناس ولكنه قائم سند الأبد في لوح محفوظ وكتاب مكنون والله يعلم سائر علما مادام يريد للناس ، فما هو منطق أن ينزل عليهم حكماً في قرآنه يتعلق بمصالحهم ثم يسخه بعد ذلك في قرآنه ذاته . فإنا لله أن يكون قد خلق الناس لأهيا أو لآعاب .

إن جلال القدرة يقتضي أن يكون ما أراد الله دينا قيما وأن يصرح بحكمه في كتاب لا عوج فيه حكما خاتماً يسقياً كاملاً وهو الذي ارتضاه للناس شريعة ومنهاجاً لا رجعة فيه ولا نسخ . إن التصور الذي يقبله المطلق هو أن الله قد يسرل تشريعاً متدرجاً رفعا للحرر حتى يسدرب الناس على تقبل الحكم في صورته النهائية التي تنقلهم من القبيض إلى الفيض ، كما حصل في حكم الخمر مثلاً . ولكن هذا التدرج ليس نسخاً سواء بالمعنى اللغوي أم الفني للمنفك لأن النسخ — الذي أنقضه — يعني إبطال العمل بالمصوص السابقة : إن التدرج بحكم النص الخاص بالخمر بدءاً بأن في الخمر أثماً ومنافع ثم الحكم الذي يمنع الصلاة والمسلم مخمور ليس نسخاً والحق أن كل ما جاء بشأن الخمر لا يتناقض وليس فيه ناسخ ومنسوخ مع تحريم الخمر كلية لا زال صحيحاً أن نقول عنها إن فيها أثماً ومنافع وأن إثمها أكبر من نفعها ولا زال أمراً ألا نقرب الصلاة ونحن سكارى . ثم إننا يجب ألا ننسى أن الحكمين السابقين — في شأن

الإثم والصلاة — أقرب إلى أحكام العبادات في حين أن النص الأخير بالتحريم كلية هو أدخل في أحكام المعاملات لأن تطبيقه يتصل بتوقيع حد عتائي . أما النصف الأولان فتطبيقهما كان يرتب جراء دينيا فحسب . كذلك فإن بعض الآيات قد توضح عمومى البعض الآخر أو تبين حدود تطبيقها وهذا يدخل في باب البيان والتخصيص ولا يدخل في باب النسخ والمنسوخ .

ومن الأمثلة التى يستشهد بها انصار النسخ أن الحكم قوله تعالى « ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض » قد نسخ بقوله تعالى « فإما منا بعد وإما فداء » . وهذا رأى فى نظرى سقيم لأن الآية الأولى قد وضعت حكماً قائماً على شرط ينهيه وهو الإلتحان فى الأرض فإن تحقق الشرط جاز للنبى عندئذ أن يكون له أسرى ولذا فإن الآية الثانية تدل على أن النبى قد حقق الإلتحان الذى تتطلبه الآية الأولى ومن ثم فقد أبيع له أن يأسر وأن يمن على الأسير أو يقتضى فدية له .

ولكن الخطأ فى مفهوم النسخ شاع حتى أن البعض أصبح يطلقه على الحالات التى يتعذر عليه فيها التوفيق بين آيتين فيتخذ من النسخ ذريعة لإحفاء عجزه . إن النسخ على قول المؤيدين وتصور المدافعين يناقض عندى مقتضى قوله عز وجل « أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » . (النساء / ٨٢) .

ولما كنت أنكر قضية نسخ أحكام المعاملات فى القرآن من أساسها فإنى لا أرى داعياً لمناقشة ماخاض فيه الفقهاء حول نسخ القرآن بالسنة . وعلى كل فالرأى على أن أدلة الأحكام الأخرى — حتى عند جمهور الباقين بجواز النسخ — لا تنسخ القرآن والسنة لأن النسخ لا يكون إلا بنص ولا يتحقق إلا بين نصوص على المستوى ذاته من القوة وأدلة الأحكام ليست نصوصاً تم إنها دون القرآن والسنة مرتبة من حيث الحجية .

أما النسخ بالسنة فى قول أوضحه بعد إيجاز مايقوله أصحاب النسخ .

يذهب بعض الفقهاء إلى جواز نسخ الحديث بنص في الكتاب وبصربون لذلك مثلاً بالنص الذي ورد في اتفاقية الحديبية على أن الرسول يرد من جاءه من المسلمين إلى قريش ويقولون إن هذا النص قد نسخ بالآية الكريمة « فإن علمتموهن مؤمات فلا ترجعوهن إلى الكفار » (المحتحة / ١٠) . ويقلقي في هذا المثل أن الآية جاءت تخصيصاً لنص المعاهدة فهي قد خصت النص بالرجال دون النساء وقد قدمت أن التخصيص غير النسخ .

كذلك يتمثلون بأن الرسول قد أمر المسلمين باستقبال المسجد الأقصى فنزلت الآية تنسخ ذلك وتأمروهم بأن يتوجهوا شطر المسجد الحرام . ولكني لا أرى في هذا مثلاً ينقض رأيي لأنه نص في العبادات وليس في المعاملات .

كذلك يقولون بأن الحديث قد ينسخ الكتاب ويتمثلون لذلك بقوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » (البقرة / ١٨٠) فالأحناف يرون أن كتابة الوصية كانت فرضاً بهذه الآية ولكنها سبخت بالحدث الشريف « لا وصية لمرات » . وعدي أن تفسير الآية الكريمة على أنها تجعل الوصية فرضاً إنما يتسق مع رأي الأحناف في مدلول الألفاظ وفهمهم لمقتضى الأوامر والواهي فالآية تختمل أيضاً أن خيرية في ترك الوصية ليست بمعنى الفرض وإنما الاستحاثات والاستحسان . ثم إن تحريم الوصية لو ارت جاء في الحديث بعارة عامة أما الآية فنص في ترك الوصية للوالدين والأقربين ، أى فيه تخصيص . فضلاً على أن التحريم اقتصر على ما يتجاوز الثلث فإذا انتهينا إلى أن الوصية فيما دون الثلث جائزة كانت الأحاديث مخصصة لحكم الآية — على فرض أنها آمرة — وهنا أكرر ما سلفت من أن التخصيص هو غير النسخ . ويضيف الفقهاء بأن عدم جواز أن ينسخ الكتاب بالحديث هو لأن القرآن أصل والحديث تابع ولا يجوز أن ينسخ التابع الأصل وأن الله تعالى خاطب نبيه قائلاً « إئت بقرآن غير هذا أو بدله » فقال الرسول « ما يكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي إن أتبع إلا ما يوحى إلي » (يونس / ١٥) . وفي تقديرى أن الحكم القرآنى إذ بدأ بلفظة « كتب » فإنه يفيد الاستمرار والتأييد الأمر الذى يتناقض مع احتمال أن يكون محل نسخ .

والقول عندى فى الحديث أنه قد يكون وحياً وقد يكون اجتهاداً فإذا كان الحديث وحياً وينصب على حكم من أحكام المعاملات فإن حكمه حكم الوحي القرآنى لا يرد عليه نسخ « إن هو إلا وحي يوحى علمه شديد القوى » (النجم / ٤ ، ٥) وإن كان الحديث اجتهاداً كنهيه ﷺ عن زيارة القبور فيجوز عليه النسخ « يأياها النبى لم تحرم ما أحل الله لك » (التحريم / ١) . والنسخ الذى يرد على الحديث الاجتهادى قد يكون نسخاً بسنة فقد نسخ الرسول حكمه بعدم زيارة القبور وأجار زيارتها وقد يكون نسخاً بقرآن كما فى حديث الظهار . ولكن اجتهاد الرسول ليس كاجتهاد باقى الناس فهو اجتهاد ترقبه العناية الإلهية وتتابعه عين الخالق الساهرة ولذلك فإن السكوت عليه يزكيه . وتبعاً فإن الأحاديث التى رويت عن الرسول ولم تنسخ فى حياته تصبح حكماً قاطعاً وترتفع إلى مستوى الحجية التى للوحي الإلهى بوفاته . ومن ثم فإن القول عندى أن الأحكام الإلهية — قرآناً وسنة — لا يرد عليها النسخ فى باب المعاملات .

الإنساء والنزغ :

وفى النسخ قصص يضيق الصدر لذكرها ويتأفف المرء لسماعها ويسلك مخلفوها سبلاً شتى لعلهم يوهمون الناس بصدقها ولذا لا أرى مندوحة من التعرض لأمرها قطعاً لدابر أصحابها .

فهم يزعمون أحياناً أن الله سبحانه وتعالى أنزل آيات على رسوله ثم أنساه إياها ومن ذلك آية فى الزنى تقول « الشيخ والشيخة فارجموهما البتة » . إن هؤلاء المتقولين يرهصون بأن الصحابة كانوا يقرأون تلك الآية وأن الرسول طبقها حكماً فى حياته ، فإن صح أن الرسول طبقها حكماً فى حياته فما هو مبرر نسخها أو أن ينسبها الله لرسوله . والغريب أن القصة قد وردت فى الصحاح وأن الآية ذكرت فى سنن ابن ماجه . والأغرب أن الآية المزعومة تضع حكماً للشيخ والشيخة وتنسى الشاب والشابة وهما أكثر تعرضاً لارتكاب المنهى عنه .

ويمسح هذا الفريق الصال — تأييداً لافترائه — في قوله تعالى « مانسوخ من آية أو نُسِها نأت بخير منها أو متلها » فتلك عددهم صورة من صور النسبان .

ولكن الإنساء يكون بطول العهد . ومن ثم فهو لا يتصور — إن حدث — إلا في أمور سبقت عهد الرسول وتبعاً فلا تكون جزءاً من القرآن الكريم . إذ كيف ينزل الله آية على قلب رسوله الكريم ليبلغها للناس « يأياها الرسول أبلغ ما أنزل اليك » ويتلوها عليهم وهو يعلمهم الكتاب « يتلوا عليهم آياتنا ويعلمهم الكتاب والحكمة » (القرة / ١٥١) . إن الآية لا بد أن تتعلق بأذهان الناس لاسيما وهي آية في الرجم أى عقوبة لا تمحى من الذاكرة ثم يسأل الناس الرسول عليها عملاً بقوله تعالى « فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول » فيكرها لأن الله أنساه إياها . ولو أن ذلك صح — وحاشا الله أن يصح — لحق للكفار أن يسألوا محمداً كما سأل ابراهيم قومه « أجتنا بالحق أم أت من اللاعين » .

قد يتقبل المرء القضية لو أن الإنساء عم الناس جميعاً فلم يتجاوز منهم أحداً إذ يجور عندئذ أن نقول إن تلك معجزة من معجزات القرآن . ولكن القضية تجري على غير ذلك فقد حفظت الآثار لنا الآية ومعنى ذلك أن من الناس من ظل يذكرها .

وإن تعجب فعجب قولهم إن عمراً هو الذى يروى القصة وكأنهم يحسون وهن الحبكة فأرادوا أن يوفروا لزعمهم دليلاً لا يأتیه الباطل من بين يديه . ولا من خلفه . وهل يقبل العقل أن يقول عمر ذلك — وهو الذى عرف بشدة بحالته في الحق — دون أن يراجع فيه الرسول ، وهل يجرى ذلك — بهذه السذاجة — على لسان من نزل القرآن موافقاً لقوله وفعله في آيات كثيرة وقد قال الرسول فيه « إن الله تبارك قد جعل الحق على لسان عمر وقلبه » .

وهم يزعمون أحياناً أخرى أن الرسول قد ينزعه نزغ من الشيطان عند قراءة القرآن فيتحل آيات من عنده . ويتمثلون لذلك بآيات عرفت في الآثار

بآيات الشيطان وتجرى خرافتها على أن الرسول كان يقرأ قوله تعالى « أفرايتم
اللائة والعري، ومناة الثالثة الأخرى » (الحكم / ١٩) . فأضاف إليها « تلك
هي الغرائق العلاء وإن شفاعتها لترجى » . ويذهب الخراصون في ذلك مذاهب
تمنى تدن على جهل فاضح وتطاول كالح ويتخذون سنداً من قوله تعالى
« وما أرسلنا من قبلك من رسول ولا نبى إلا إذا تمنى ألقى الشيطان في أمنيته
فينسج الله مايلقى الشيطان تم يحكم الله آياته والله عليم حكيم » (الحج
/ ٥٦) . وهوؤلاء هم من يحرفون الكلم عن مواضعه فائتمنى والأمنة تعنى
الترادف كما في قوله تعالى « ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أمانى » أى إلا
قراءة . ويضيف لى أن أورد هنا شرح المراغى للآية الكريمة ، يقول المراغى
« أى وما أرسلنا قبلك رسولا إلا إذا ألقى الشيطان على سامعيه وهو يتلو الوحي
الذى نزل الله شهابا فيما يقرأ فيقول قوم إنه سحر ويقول آخرون نقله
الرسول عن بعض الأثرين وسكنا من الأباطيل والترهات التى يتقولونها ...
يريد سبحانه وتعالى تلك الحرافات، التى علقت بعض النفوس بأن يقتضى
لذلك من يدافع عنه ويدفع الحجاب ثم يحمل آياته محكمة متينة لا تقبل الرد
بخال . وبخلاصة القول إن الله حين نزل القرآن وقرأه الرسول قال المشركون
فيه ما قالوا ثم استبد الحق وجاءت غزوة بدر ونصر الله المسلمين الذين بشرهم
كتاب بالنصر » (احمد المراغى — تفسير المراغى ، ج ١٨ ، القاهرة ، ص
١٢٧ — ١٢٩) .

وكيف يتقول الرسول الأمين على ربه العظيم وقد نسي الله ذلك عنه كلية
بقوله عز وجل « ولو تقول علينا بعض الأقارب، لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه
الوقتين » (الحاقة / ٤٤ — ٤٦) . اللهم غفرانك أنت مولانا فانصرنا على
القوم الكافرين .

فذلكة :

لقد ذهب القائلون بالنسخ إلى تعداد اسباب ثلاثة للنسخ هي :

(١) التيسير على الناس .

(٢) التدرج في التشريع .

(٣) تغير أحكام المعاملات بتغير الرمان .

إن نظرة فاحصة إلى هذه الممرات الثلاثة لابد أن تنتهي في رأيي الخاص إلى أن نسخ الآيات تيسيراً على الناس لا يتصور إلا في العبادات فإن جار أن يكون هناك نسخ للتيسير فلا يكون ذلك في أحكام المعاملات ولا يستطيع أنصار فكرة السسخ أن يضربوا لنا مثلاً نحكم في المعاملات نسحه الله وجاء نص أكثر يسراً على العباد .

أما المبرر الثالث وهو تغير الأحكام بتغير الزمان فقول عجيب اللهم الا إذا فهم على أنه نسخ لما سبق القرآن في أزمنة سالفه . وهذا ليس هو النسخ الذي أعارضه . فإن قصد القائلون بالنسخ أن في القرآن احكاماً سخت بأحكام قرآنية أخرى لتغير الزمان فإني استعيز بالله من الشيطان لأن هذا القول لا يمكن أن يقبله إنسان ذلك أن فترة الوحي لم تستمر لأكثر من ثلاثة وعشرين عاماً فهل هذا رمان تتغير فيه الأحكام الإلهية .

ومن ثم فإن التصور الوحيد الذي أتمتله هو تدرج التشريع . وقد أسلفنا أنه ليس نسخاً بالمعنى الفني للتعبير .

ذلك مبلغ علمي في قضية النسخ والله أعلم .

تصنيف الاحكام :

ويمكن أن نصنف الأحكام القرآنية في فئتين :

١ — المحكم ، ويضم المدركات الأساسية فهي أم الكتاب ، وتلك هي القواعد التي تقابل مايسميه الفقه الوضعي المعاصر بالقواعد الآمرة . بيد أن فكرة النظام العام هنا يجب أن تفهم بمعناها الذي يشرحه فقهاء القانون الخاص أي النطاق الذي لا تلعب فيه الإرادة دوراً لأن الإرادة الشارعية تلزم إرادة أشخاص القانون . وتبعاً فهي القواعد العليا لضمان الخير السياسي والاقتصادي والاجتماعي للمجتمع ، وبذلك تختلف عن مفهوم النظام العام في القانون

الدولي الوضعي الذي لا يعترف سلطة مركزية تمنح سلطة عليا . ولذا فإن أشخاص القانون الدولي الوضعي لا زالوا يتمتعون بنطاق واسع من سلطان الإرادة بترك لهم الحرية في تحديد مايتشاءون من قواعد النظام العام .

٢ - المستأنه ، وتشمل الآيات التي تحتل أكثر من تفسير ولما كانت تلك الآيات في حاجة إلى استحلاء فإن حكمها غير قاطع ولذا يمكن أن نقارها إلى حد ما بالتقواعد الرضائية المفسرة أو المكسلة ذلك أنها ك لشخص القانون سريدي في تحديد نطاق ممارسته لسيادته في علاقته بسيادة أخرى أو بدتظم دور ، ويمكن تعديلها باتفادات مخالفة .

ويستند هذا التصنيف إلى قوله تعالى « هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات فأما الذين في قلوبهم زيغ فسوف ينمأ متشابهه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم يقولون آسا به كل من عند ربنا وما يذكر إلا أولوا الألباب » (آل عمران ، / ١) .

٣ - احسنى قام بعدت عن موضوع الدراسة إذا عرضت لناحية القصص في القرآن ، فالقصص في القرآن - كما يقول الباطني - لا يراد بها سرد تاريخ الأنبياء والأسماء بل هي عبارة للناس ولذا لا تذكر الوقائع والحرائر سريبة بل هي عبارة عما وراءها تنبأ النبى عليه السلام في الاجتماع السري ، وتاريخ الأحداث في الحياة الإنسانية ، « فكأنه يقول : تلك من انباء الرسل ما نثبت به فؤادك وجاءك في هذه الحق وموعظة وذكرى للمؤمنين » . (نورد / ١٢٠) . كما يقول تعالى « فاتقص القصص لمهمين يتفكرون » (الأعراف / ١٧٦) .

ويثبت بعض الباحثين في وجه القصص وقوفاً شاملاً مطلقاً ويتعلل في ذلك بأن ابن حنبل قال « ثلاثة أشياء لا أصل لها : التفسير ، والملاحم ، والمغازي » ولعل ابن حنبل قال هذا لأنه شاهد أن كثيراً من القصص والأخبار قد أضيفت إلى التفسير فأخرجته عن دقته وتقيدته بالرواية الصحيحة والبيان المعقول ،

وأغلب الظن أن ابن حنبل يتكلم هنا عن قصص الإنسان وليس عن قصص القرآن .

وقد يخطر بالبال هنا سؤال : أفي القرآن مالا يمكن تفسيره ؟

« ذكر الرابع الأصفهاني أن عامة المتكلمين ذهبوا إلى أن كل القرآن يجب أن يكون معلوماً ، أي مفهوم المعنى ، أي مستطاع التفسير ، وإلا أدى عكس ذلك إلى بطلان فائدة الانتفاع به ، وأن لا معنى لإنزاله وحملوا قوله تعالى في سورة آل عمران « والراسخون في العلم » على أنه عطف على قوله تعالى « لا يعلم تأويله إلا الله » وجعلوا قوله تعالى « يقولون آمنا به » في موضع الحال فيكون معنى الآية أنه لا يعلم تأويل القرآن إلا الله والراسخون في العلم ، وحالهم أنهم يقولون آمنا به وبأنه من عند الله ، ويفيد هذا أن القرآن كله ممكن التفسير هؤلاء العلماء » .

وأما عامة أعيان الصحابة ، وكثير من المفسرين بعدهم فقد ذهبوا إلى أنه يصح أن يكون في القرآن بعض مالا يعلم تأويله إلا الله ، وقال ابن عباس « أنزل القرآن على أربعة أوجه : وجه حلال وحرام لا يسع أحداً جهالة ، ووجه يعرفه العرب ، ووجه تأويله يعلمه العالمون ، ووجه لا يعلم تأويله إلا الله ومن انتحل فيه علماً فقد كذب » .

ويمكن التوفيق بين الرأيين بأن نقول : لعل الذين قالوا إن في القرآن مالا يمكن للإنسان تأويله أرادوا به أنه لا يمكن للإنسان أن يجزم بحقيقة المراد منه لأن ذلك عند الله وهذا لا يمنع أن يفهم الإنسان معنى لهذا النص قدر طاقته ، وفوق كل ذي علم عليم .

أو لعلهم أرادوا بما لا يمكن للإنسان أن يعلمه الأشياء التي استأثر الله بعلمها كقيام الساعة وعلم الغيب وحقيقة ما في الأرحام وما إلى ذلك » (الشرباصي ، المرجع السابق ، ص ٣٥ — ٣٦) .

والقول عندى أن هذه القضية لا تمثل مشكلة بالنسبة لدراستنا لأننا نناقش

أحكام المعاملات أى مايتعلق بالحلل والحرام وهذا كما يقول ابن عباس لايسع أحد جهالته . ولذا فإن لا أرى أن أفيض فى استعراض الموضوع .

وإدراك القرآن الكريم هو الأساس الذى تبنى منه وعليه النظرية القانونية الإسلامية . ولكن من المستشرقين من يظن أن القرآن بذاته — منفصلاً عن أثره على المشكلة التى أثارها السنة النبوية — لم يكن الأساس الأهم للنظرية الإسلامية فى باكورة أيامها . صحيح أن أهل الكتاب ينادون بأن القرآن — إذا فسر تفسيراً رتيداً — هو الأساس الوحيد لمذهبهم بيد أن هذه الصياغة التى تكتشف عن تحيز ضد التقاليد هى نتاج وليست نقطة انطلاق تطور نظرى معقد (أنظر Schacht, Joseph-The Origins of Muhammedan Jurisprudence, Oxford 1950, p. 224). وعمدى أن قول المستشرقين فى القرآن الكريم يعيبه دائماً عيب لصيق وهو أنهم يدرسون القرآن مترحماً فلا يستطيعون أن يتذوقوا حلاوته أو يسروا أصالته شأن بعض من يقرأون الكتاب الكريم باللغة العربية من أعاجم العرب لأنهم غرباء على العربية ضعفاء فى استشفاف حوهرها .

كلمة حق :

أود قبل أن أنهى كلمتى عن القرآن أن أدفع بشدة شبهة قد تقوم فى الأذهان بسبب مايقراه المرء أحياناً فى بعض الدراسات الفقهية عن أن فى القرآن عدة لغات يقدرها البعض بخمسين لغة . ولكن هذا لا يعنى أن المقصود « باللغة » معناها الاصطلاحي المتداول ، حيث تكون لكل أمة لغة ، لا تفهم إلا بالتعليم أو الترجمة كاللغة الانجليزية والفرنسية والعربية . ومما يقوى هذا الفهم فى نفس القارىء أن القرآن جاء على العرب التى كانت لكل قبيلة لغتها ولكل صقع من أصقاع الجزيرة منهجه اللغوى وتروته اللفظية الخاصة وإذا بها كلها تنصهر فى بوتقة واحدة .

والأمر ليس كما قد يتبادر إلى الذهن لأن اللغة فى مفهوم أهل اللغة والنحو معناها اللهجة أو طريق نطق الكلمة وهو قريب مما نعرفه اليوم من اختلاف أقاليم العرب فى إخراج الكلام ، بل قد يوجد هذا بين قرى ومدن إقليم

الواحد كالذى سمعته فى مصر من اختلاف سكان الأقاليم فى طرق نطق الكلام
فيختلف الحضرى عن القروى والحضرى من الوجه البحرى عن الصعيدى ،
ويختلف لسان أهل أسىوط عن لسان أهل الاسكندرية وليس بينهما بعد مكانى
مع اتحاد طرق التعليم فى المدارس واتحاد وسائل الإعلام المسموعة . والحق أنه
لم يكن عند قبائل العرب من اللغات كما نفهمها اليوم ولم يكن بينهم من التباعد
اللغوى ما يكون بين لغتين لأمتين مختلفتين وإما هو ما وصفته فى تشبيه هذه
الفوارق بما بين اللهجات فى بلاد العرب اليوم . وهناك أدلة كثيرة لا حصر
لها : من ذلك تفسير العلماء حديث الرسول « إن هذا القرآن أنزل على سبعة
أحرف فاقرأوا ما تيسر منه » (رواه البخارى) .

الفرع الثانى فى الحديث (السنة)

« يتلو عليكم آياتنا ويزكيكم ويعلمكم الكتاب والحكمة »

الحديث (السنة) كنص فى الأحكام :

السنة لغة هى السيل والقاعدة والطريقة والسيرة وقد اشتقت من سنن بمعنى يبين فهى تثبيت للقرآن الكريم وإذا أطلقت فى التريعة فإنما يراد بها ما أمر به الرسول ﷺ وهى عنه وبدب إليه قولاً وفعلًا مما لم يرد فى كتاب الله (ابن منظور ، لسان العرب ، ح ١٣ ، ص ٢٢٠) .

والواقع أن اصطلاح السنة فى المذهب الإسلامى قد ينصرف إلى قدرة الله « سنة الله فى الدين خلوا من قبل ولن تجد لسنة الله تدليلاً » (الأحزاب / ٦٢) .

وقد كان الشافعى أول من عرف السنة لأن أسلافه لم يكونوا يربطون لزماً بينها وبين الرسول وإنما كانوا يعنون بها التقاليد والعادات المثالية للأمة مكونة بذلك ما يسمى بالتقاليد الحية ويضعونها على قدم المساواة مع الممارسة العرفية أو دات القبول العام أما الشافعى فقد قصر السنة على تصرفات الرسول ﷺ فهى وحدها دات الحجية . على أن الشافعى لم يتخلص تماماً من النظرة التى سبقته فهو يقر تقاليد الصحابة وآراء التابعين كحجج ثانوية . بيد أن تقاليد الصحابة والتابعين كانت قبل الشافعى هى القاعدة أما تقاليد الرسول نفسه فكانت هى الاستثناء فلما جاء الشافعى جعل الاستثناء هو القاعدة فعدت السنة تشير إلى أفعال الرسول أما الحديث فيعنى أقواله (أنظر مصطفى شلبى — المدخل ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ١٦٤) .

والسنة على هذا المفهوم لها عند الجمهور صور ثلاثة :

- (١) القول أى مقاله الرسول .
- (٢) الفعل أى تصرف الرسول وممارساته .
- (٣) التقرير أى إقرار الرسول لتصرف أو عمل قام به شخص ما .

وعندى ان الحديث — أى السنة القولية — هى التى يمكن أن تكون مصدراً للأحكام القانونية الملزمة فى دائرة التشريع أما مجرد التصرف أو الإقرار الصامت فيندرج — فى رأى — تحت مدلول « الأسوة الحسنة » أو ترك الأمور على أصل الإباحة . ومن ثم فإن السنة التى تفرض أحكاماً والحديث هما عندى صنوان فى المدلول . ولذا فإنى من رأى الذى يقول بأن السنة هى الجوهر والحديث هى طريق نقله إلى الأحكام .

ولقد عزف المسلمون عن تجميع أحاديث الرسول أثناء حياته خشية أن يختلط الحديث بالقرآن . وقد مانع عمر بن الخطاب فى ذلك خشية أن ينصرف بها الناس عن القرآن . فاعتمدوا على ذاكراتهم فيما قاله الرسول أو فعله ولو أن هناك محاولات جرت فى عهد الرسول لتدوين الحديث إلا أنها لم تسع ولم تتداول . وقد أحس المسلمون بعد وفاة الرسول الحاجة إلى جمع الحديث كى يكون فى متناول من يريد البحث والفتوى إذا هو لم يجد حكماً فى القرآن لاسيما بعد أن انقضى عصر الصحابة . ولما خاف عمر بن عبد العزيز اندثار السنة بوفاة المحدثين كلف أبا بكر بن حزم بأن يكتبها ولكن هذا توفى قبل أن يتم عمله ولم تجمع إلا فى العصر العباسى . ومن ثم فقد نذر بعض اللاموتيين من المسلمين أنفسهم — خلال القرنين الثانى والثالث للهجرة — لمهمة تنقية وجمع الحديث وأسفرت جهودهم عن عدة مجاميع من أشهرها الصحيحان : البخارى ومسلم ، والسنن وأبو داود ، وابن ماجه والنسائى . ومن بين هذه المجاميع يحتل البخارى مكان الصدارة .

والحق أن هذه الجهود — على إحلاس أصحابها ومالاقود من نصب
 وماحلوا به من سبر ومتابعة — ليست حجة قاطعة على صحة كل ما فيها من
 حديث فقد لعبت الإسرائيليات دوراً مأكراً في تزيف الأحاديث وعرف التاريخ
 كثيراً من الوضاعين . لقد وجد التحريف سبيلاً إلى أحاديث الرسول ﷺ كما
 أنبأ هو بذلك « إنه سيكذب على كما كذب على الأنبياء من قبل فمن كذب على
 متعمداً فليتبوأ مقعده من النار » (صحيح مسلم — ج ١ ، ص ٦) . وقال
 أحد الوضاعين في القرن الثاني للهجرة وهو يواجه الموت — وهو أبو
 العوحاء — « لقد دسست أربعة آلاف حديث أحلل فيها وأحرم ومنها إلا
 ويعمل به » (كتاب الموضوعات الكبرى للعلامة على القارى — ص ١٤) .
 ولعل الرجل بالغ في قوله هذه إلا أننا نجد أموراً تحرمها أحاديث ولا أصل
 لذلك التحريم في كتاب الله وصحيح حديث رسوله ونجد أموراً تحلل وليس لها
 مستند من كتاب أو حديث يجمع على صحته . روى الحارث بن عبد الله
 النمزاني قال : مررت في المسجد فإذا الناس يخوضون في الأحاديث فدخل على
 « غلى » عليه السلام فأخبرته فقال أقد فعلوها ؟ قلت : نعم قال : أما إنى
 سمعت رسول الله ﷺ يقول : ألا إنها ستكون فتنة ، قلت : ما أخرج منها
 يا رسول الله ؟ ، قال : كتاب الله فيه نبأ ما قبلكم وخبر ما بعدكم وحكم ما بينكم
 هو الفصل ليس بالهزل من تركه من جبار قصمه الله ، ومن ابتغى الهوى من
 غيره أضله الله وهو جبل الله المتين وهو الذكر الحكيم وهو الصراط المستقيم
 وهو الذى لا تزيف به الأهواء ولا تلتبس به الألسنة ولا يشبع منه العلماء
 ولا يخلق على كثرة الرد ولا تنقضى عجائبه هو الذى لم ينته الجن إذ سمعته حتى
 قالوا : إنا سمعنا قرآنا يهذى إلى الرشداً فآمنا به ألا من قال به صدق ومن عمل
 به آحر ومن حكم به عدل ومن دعا به هدى إلى صراط مستقيم » (رواد
 الحافظ والترمذى فى جامعه) والمؤسف أن الجهود التى بذلت لتطهير الحديث
 من الدخول لم تحقق كل ما كان مرحوا منها على الرغم من قيام علم للحديث .
 وقد أفرغت تلك الحقيقة نقرأ من العلماء فراحوا ينادون بالألا يؤخذ بالحديث

إلا بعد أن تثبت صحته ولكنى من رأى القائل بأن الحديث إذا ورد فى أى من الصحيحين أو السنن كان ذلك قرينة على صحته إلى أن يثبت العكس ، وذلك رأى فيه تيسير إذا أردنا الاعتماد على السند وإن كنت أفضل المتن .

وكيف يقع الاطمئنان فى نفس الإنسان حيال صحة ما جمع من حديث إذا كان هذا الجمع قد تم فى القرنين الثانى والثالث الهجرى وقد شهدت الأمة الإسلامية الحقائق التالية :

١ — نهى رسول الله عن كتابة شئ غير القرآن وقال لا تكتبوا عنى شيئاً غير القرآن ومن كتب فليمححه (رواه احمد ومسلم والترمذى والنسائى) . والعلة هنا هى الخوف من الخطأ وإلا فلم لا يدون الرسول الحديث كما دون القرآن .

٢ — لم يتفق الأئمة الأربعة على تحديد الصحيح من الحديث أو على العمل به .

٣ — أخرج ابن عساكر ومحمد بن اسحاق عن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قال مات عمر حتى بعث إلى أصحاب رسول الله فجمعهم من الآفاق ، عبد الله بن حذيفة ، وأبى الدرداء ، وأبى ذر ، وعقبة بن عامر فقال ماهذه الأحاديث التى أفشيتم عن رسول الله فى الآفاق . قالوا أتنهانا ؟ قال لا أقيموا عندى لاتفارقونى ماعشت فنحن أعلم نأخذ منكم ونرد عليكم . فما فارقه حتى مات .

٤ — ذكر الآمدى فى كتاب الإحكام (ج ٢ ص ٧٨ — ١٨٠) أن ابن عباس لم يسمع من رسول الله سوى أربعة أحاديث لصغر سنه . وذهب ابن القيم (فى الوابل الصيب) إلى أن ماسمعه ابن عباس عن النبى لم يبلغ عشرين حديثاً وعن ابن معين وأبى داود فى السنن أنه روى تسعة أحاديث لصغر سنه ومع ذلك فقد أسند له أحمد بن حنبل فى سنده ١٦٩٦ حديثاً . كذلك أبو هريرة راوية الحديث الأكبر أسوق عنه قصة تدعو إلى التأمل ، ذلك أن عائشة سمعته يحدث أن رسول الله يقول : إن يكون الشؤم ففى ثلاث الدار والمرأة والفرس فغضبت

وقالت والله ما قال هذا رسول الله قط وإنما قال : أهل الجاهلية يقولون إن يكن الشؤم ففي ثلاث الدار والمرأة والفرس فدخل أبو هريرة فسمع الحديث ولم يسمع أوله . وقد تشكك أبو حنيفة في ذمة أبي هريرة في الرواية .

٥ — كانت الفتنة بين علي ومعاوية فرصة لدسّاسي الحديث ومن قبل كان أصحاب النبي يردون بعضهم بعضاً في الحديث . من ذلك أن عائشة روت حديث عبد الله بن عمر « إن الميت يعذب ببكاء أهله عليه » فقالت إنكم لتحدثون عني غير كاذبين ولكن السمع يخطيء . والله ما حدث رسول الله ﷺ إن الله يعذب المؤمن ببكاء أهله . وقالت حسبكم القرآن (ولا تزر رازقة وزر أخرى) .

هذا بالإضافة إلى ما وضعه الزنادقة وما وضع لنصرة المذاهب .
٦ — اختلف الصحيحان — البخاري والمسلم — في بعض الأحاديث من ذلك مثلاً أن البخاري روى عن ابن عمر أن النبي قال يوم الأحزاب لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة ووقع النص في جميع النسخ عند البخاري على صلاة العصر ووقع في جميع النسخ عند مسلم على صلاة الظهر مع اتفاق البخاري ومسلم على روايته عن شيخ واحد بإسناد واحد .

وقال ابن حجر والخطيب البغدادي إنه قال رب حديث سمعته بالبصرة كتبه بالشام ورب حديث سمعته بالشام كتبه بمصر . فنيل له : يا أبا عبد الله بكلماته ؟ فسكت . (من تاريخ الخطيب ، هدى المناري مقدمة فتح الباري ، ص ٢٠١ ج ٢)

٧ — هناك الوضاعون ، وقد حكى السيوطي عن ابن الخوزي أنه رتب للوضاعين أسباباً ودرجات فقال « منهم من غلب علمهم الزهد فغلوا عن الحفظ ومنهم من ضاعت كتبه فتحدث عن حفظه فغلط ومنهم قوم تتبعت لكن اختلطت عقولهم في آخر أعمارهم ومنهم من يروى الخطأ سهوا فلما رأى الصواب وأيقن به لم يرجع أنفة من أن ينسب إليه

الغلط ومنهم زنادقة وضعوا الحديث قصداً إلى إفساد الشريعة وإيقاع الشك والتلاعب بالدين وقد كان بعض الزنادقة يفعل الشيء فيدس في كتابه مالميس من حديثه . والحق أن هناك أسباباً عديدة دعت إلى الدس والتزييف . أما وضاعوا الحديث فكانوا . كثيرين وقالوا إن أشهرهم أربعة هم : أبو يحيى في المدينة والواقدي في بغداد ومقاتل بن سليمان نخراسان ومحيى بن أبي سعيد بالشام .

٨ — عاشت الأمة الإسلامية — قبل تدوين الحديث — في عهد الأمويين وكان صاحبهم ومؤسس دولتهم معاوية بن أبي سفيان على حد قول البعض من الوضاعين — تم جاءت دولة العباسيين فكثرت الوضاعون لإرضائهم .

حجية الحديث :

لهذا ولغيره من الأسباب والمبررات التي يضيق عنها هذا البحث أقول مع البيهقي والسيوطي إن العبرة في الاطمئنان إلى الحديث هي بصحة المتن والمعنى لا بصحة السند . وقد استثار وضع الحديث في النظرية الإسلامية خلافاً حاداً بين الفقهاء ولكني لا أنتوى أن أدخل في تفاصيله اكتفاء بما أسلفت في نطاق مقتضيات هذه الدراسة واجتزىء الآن بالقول بأن علاقة القرآن بالحديث هي وضع من ثلاثة :

- (١) أن يتفق الحديث مع القرآن .
- (٢) أن يكون تفسيراً لنص قرآني .
- (٣) أن لا يتعارض الحديث مع القرآن .

وإني لأنكر بحمارة الأخذ بالحديث المناقض ، وإذا كنت قد رفضت النظرية التي تقول بأن الآيات القرآنية قد يلغى بعضها البعض الآخر فإني من باب أولى أنكر جواز أن يلغى الحديث نصاً قرآنياً . ومن ثم فإن السنة وإن كانت من الناحية القانونية هي أحد المصدرين الأساسيين للنظرية الإسلامية إلا أن الحديث محكوم قطعاً بالقرآن وليس ذلك لأن الحجية مختلفة وإنما لأن الإثبات ليس على

المستوى ذاته . وتعا فإن مخالفة الحديث للقرآن يكون علامة على عدم صحة الحديث .

وينكر البعض حجية الحديث ولهم في ذلك نظرة يطرب إلى المقام إذا أنا أردت عرضها تفصيلاً ولذا أوجز القول فيما يلي :

١ — طول العهد قبل تدوين السنة جعلها محل خلاف والأساس أن الشريعة لا تكون ملزمة للمكلف إلا إذا كانت معلومة أو في حكم المعلومة . وهذا رأى يقترب مما يقول به المحدثون في شأن القانون وهو أن عدم نشر القانون على نحو يجعله معلوماً أو ميسراً إلى يريد أن يعلمه يمكن أن يكون مبرراً يعزر من جهل به فلم يراعيه .

٢ — قال تعالى « ونزلنا الكتاب تبياناً لكل شيء » . وقال عز من قائل « ما فرطنا في الكتاب من شيء » . وأحكام المعاملات أحق بهذا البيان وعدم التفريط وتعا فالحججة للقرآن وحده وفيه ما يعنى الناس به عن الحديث .

٣ — أمر الرسول المسلمين بأن يحجوا ما كتبه عنه غير القرآن وحذر من الكذب عليه بعد وفاته الأمر الذى أثار الشك في السنة كمصدر .

ولكن حججة السنة كمصدر للشريعة الغراء ثابتة في أكثر من آية ، اذكر منها قوله عز وجل :

- ١ — « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » (الحشر / ٥) ،
- ٢ — « ما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » (الأحزاب / ٣٦) ،
- ٣ — « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى » (النجم / ٣ ، ٤) ،
- ٤ — « فآمنوا بالله ورسوله النبي الأمي الذي يؤمن بالله وكلماته واتبعوه لعلكم تهتدون » (الأعراف / ١٥٨) .

فلما انتقل الرسول إلى الرفيق الأعلى انقطع الوحي وانحصر التعبير عن الإرادة الإلهية فيما تركه الرسول فينا — كتاب الله وسنة رسوله — ولذا أناقش

هذين المصدرين الأساسيين للقانون الإسلامى فى نطاق ماتتطلبه هذه الدراسة .

وقد اهتم الفقهاء بالحديث فأقاموا له علماً بذاته هو علم الحديث واستوا شروطاً لرواته وضوابط لاستحلاص صحيحه وفهم أحكامه وقد وضع علماء السنة خمسة شروط لقبول الأحاديث السوية ، ثلاثة منها فى السند واثنان فى المتن :

(١) فلا بد فى السند من راوٍ واع يضبط ما يسمع ويحكمه بعدئذ طبق الأصل .

(٢) ومع هذا الوعى الذكى لابد من خلق متين وضمير يتقى الله ويرفض أى تحريف .

(٣) وهاتان الصفتان يجب أن يقرأوا فى سلسلة الرواة فإذا اختلفا فى راوٍ أو اضطربت إحداهما فإن الحديث يسقط عن درجة الصحة . وننظر بعد السند المقبول إلى المتن الذى جاء به أى إلى نص الحديث ذاته .

(٤) فيجب ألا يكون شاداً .

(٥) وألا تكون به علة فادحة . وقد يصح الحديث سنداً ويضعف متناً بعد اكتشاف الفقهاء لعلّة كامنة فيه .

وأحيل فى ذلك إلى كتب الأصول وعلم الحديث لأن البحث فى هذا يطول ولا أريد لهذا السفر أن يكون نسخه من كتب علم الأصول وإنما أتمنى على الله أن ينصرف كله أو على الأقل جله للقضية الأساسية وهى بيان أحكام قانون السلام فى الإسلام .

وقد يكون من المناسب فى هذا المقام أن أعرج بكلمة عن موضوع له صلة بهذا الفرع من الدراسة وأقصد به اجتهاد الرسول ﷺ .

اجتهاد الرسول :

لا مرأى فى أن الشريعة الإسلامية شريعة شاملة أبدية غير أن الشمول لا يعنى أنها قد احتوت حكماً مباشراً لكل دقيقة من دقائق الحياة وإنما يعنى أنها أتت بالمبادئ العامة والقواعد الأساسية والخطوط العريضة التى تندرج تحتها

كافة القضايا والأحكام التي تتغير بتغير الزمان والمكان (بادية شريف
العمري — اجتهاد الرسول ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥ هـ —
١٩٨٥ م ، ص ٦ ، ٧) .

ومن هنا كان منصب الاجتهاد في الشريعة فرحاً على الأمة فهو واسطة الأمة
في تيسير شئونها وسبيلها في الأحكام إلى شريعة الله .

وهناك حاب حيوي من الاجتهاد تشهد عليه نصوص القرآن وأحاديث
التاريخ ألا وهو اجتهاد الرسول ﷺ وهو من مدرك الاجتهاد سر النواة
وعصب الحياة وهو بذلك حري بالبحث والتحليل ولذا أضفى عليه بصيصاً
من النور في حدود ماتسع له حنات هذا السفر . وبد هي أن اجتهاد الرسول
ﷺ لا يكون إلا فيما لم ينزل به وحى ، فهو عنوان على بصرية النبي الأمي
وإنسانيته

وقد اختلف الأصوليون في حواز الاجتهاد للرسول عقلاً وعدم جوازه على
قولين :

قول بجوار اجتهاد الرسول ﷺ عقلاً ولكن نقرأ ممن قالوا بذلك وقفوا عند
الجواز العقلي فحسب وذهب آخرون إلى أنه وقع فعلاً .

وقد توزع المَجَوِّزون لوقوع الاجتهاد فعلاً على ثلاثة اتجاهات :

أ — أن الرسول كان يجتهد بمجرد وقوع الحادثة أو سؤاله دون انتظار
الوحي .

ب — أن الرسول كان ينتظر الوحي إلى أن تمضي فترة الانتظار . وقد قدر
البعض فترة الانتظار بثلاثة أيام وقدرها آخرون بخوف فوات الغرض .

ح — وتوقف البعض فلم يقطعوا بشيء .

كذلك اختلف المَحَوِّزون في محل الاجتهاد بمعنى هل يجوز الاجتهاد في أمور
الدين والدنيا أم في أمور أيهما فحسب .

وقول يجمع الاجتهاد مطلقاً ويعتبر أن القول بحواز الاجتهاد للأبياء كفر
عظيم .

والقول عندى يتفق مع مذهب المَحَوِّزِينَ ففى آيات القرآن الدليل الساطع على أن للرسول اجتهاداً فى بعض الأمور . وأسوق مثلاً على ذلك من قوله تعالى « عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الدين صدقوا وتعلم الكاذبين » (التوبة / ٤٣) . ذلك أن هناك فريقاً من المسلمين تخلفوا عن الغزو بإذن من الرسول وكان الإلاد لهم اجتهاداً منه ﷺ وإذن فالآية تدل على أن الرسول اجتهد فى واقعة بعينها لم ينزل فيها وحى . (نادية العمرى كى المرجع السابق ، ص ٦١) .

ويمكن أن نصنف اجتهاد الرسول فى الأنواع التالية .

- أ — الأمور الديبوية كمسألة تأبير النحل .
- ب — أمور الحرب كما حصل فى أسرى بدر .
- ج — أمور العبادات كالأذان بوصفه وسيلة لإعلان عن الصلاة
- د — الأفضية . وفى هذا يقول ﷺ « إكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض » .

وحكم اجتهاد الرسول فيه رأيان :

- أ — أنه جائز شرعاً ولكنه ليس بواجب ، ووجهة هذا الرأى أن للأحكام أصلاً وهو الكتاب .
- ب — أنه واجب عليه ، ووجهة هذا الرأى أن الأحكام مأخوذة من سنته إذا خلا الكتاب منها .

كذلك لم يتفق الفقهاء حول جواز الخطأ فى اجتهاد الرسول ولعل الأقرب إلى المنطق جوار أن يرد الخطأ على اجتهاد الرسول ولكنه لا يقر عليه لا سيما إذا تعلق الاجتهاد بغير أمور الدنيا .

ويذهب معظم الأصوليين إلى جواز تفويض الله سبحانه وتعالى لنبه فى الوقائع التى ليس فيها نص . ولكن من قالوا بالجوار العقلى منعوا الوقوع ولم يقل بالوقوع ، إلا موسى بن عمران من المعتزلة (نادية العمرى — المرجع السابق ، ص ١٥٠) .

فرع ملحق

فى

الإجماع

تعريف وتحديد :

إن استكمال الكلام عن مصادر القانون الإسلامى يتطلب منى أن أناقش قضية تتعلق بأصل ثالث يرتفع به بعض العلماء إلى مستوى المصدر على القرآن والسنة ، ذلك هو الإجماع . إن هذا الترتيب الذى تعارف عليه الجمهور له أسباب يذكرها الأصوليون وتتلخص — كما يقول الأسنوى — فى أن الإجماع فرع من القرآن والسنة . وهذا قول يصدق عندى على الاجتهاد أيضاً .

والإجماع هو الإعداد والعزيمة على الأمر وقوله تعالى « فاجمعوا أمركم وشركاءكم » أى وادعوا شركاءكم وأجمع من الألفاظ الدالة على الإحاطة وليست بصفة (ابن منظور — لسان العرب ، ح ١٨ ، ص ٥٧ — ٦٠) .

ويختلف الأصوليون فى تعريف الإجماع اختلافاً واضحاً وذلك يرجع إلى اختلافهم فى المسائل التى تتعلق بأركانه وشروطه وأحكامه . ويمكن أن نصنف الفقهاء — فى موقفهم من الإجماع — إلى ثلاث مدارس : مدرسة تؤيد الإجماع ومدرسة تنكره وثالثة لا تؤيده مطلقاً ولاتنكره مطلقاً .

نظرة مؤيدى الإجماع تأييداً مطلقاً :

والطريف أن أصحاب هذه المدرسة يختلفون فى تعريف الإجماع فهو عند البعض إجماع المجتهدين من أمة محمد ، وعند آخرين إجماع علماء الأمة أو إجماع أهل الحل والعقد . والمشارك بين هذه التعريفات هو إخراجها للعوام أى من لم يبلغ مرتبة الاجتهاد ، فلا عبرة بموافقتهم ولا بمخالفتهم بناء على هذه النظرة (على عبد الرارق — الإجماع فى الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٤٧ ، ص ٥ — ٧) .

« ونقل الآمدى فى الإحكام أن النظام عرف الإجماع بأنه هو كل قول قامت ححته حتى قول الواحد . قال الآمدى وقصد بذلك الجمع بين انكار كون اجماع أهل الحل والعقد حجة وبين موافقته لما اشتهر بين العلماء من تحريم مخالفة الإجماع » (على عبد الرارق — المرحع السابق ، ص ٩) .

ويبدو أن أكثر التعريفات قبولاً عند أنصار الإجماع هو أنه عبارة عن اتفاق حملة أهل الحل والعقد من أمة محمد فى عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع . والتعريف على هذا النحو يشترط لتحقيق الإجماع :

(١) أن يحصل الاتفاق بين المجتهدين ومؤدى هذا أن اتفاق غير المجتهدين لا يشكل إجماعاً والبعض يستدل من ذلك على أنه لا عبرة بموافقة العوام ، ويقصد بالعوام — كما أسلفت — من لم يبلغ مرتبة الاجتهاد لأن العامى يغلو فى معظم حالاته والأمة قولها حجة يستند إلى الاستدلال ولزوم الكل وهذا كفعل النظر .

(٢) اتحاد الزمن فى الإجماع ولكن البعض يتسدد فيشترط ان ينصرم عصر المجمعين . ومن الأصوليين من يرى أن الإجماع لا ينعقد فى زمن الرسول ﷺ وإنما بعد وفاته .

(٣) أن يكون على حكم شرعى بيد إن هناك من الفقهاء من يرى جواز أن يكون الإجماع على أى الأركان شرعياً أو عتلياً أو عرفياً .

ويشرح الآمدى هذه الشروط فيقول « هذا وإن اتفاق العلمى لا يعتبر فى الإجماع ، وإلا فالواجب أن يقال الإجماع عبارة عن اتفاق المكلفين من أمة محمد إلى آخر المذكور . فقولنا اتفاق يعنى الأقوال والأفعال والسكوت والتقرير . وقولنا جملة أهل العقد والعقد احتراز عن اتفاق بعضهم وعن اتفاق العامة وقولنا من أمة محمد احتراز عن اتفاق أهل الحل والعقد من أرباب الشرائع السالفة وقولنا فى عصر من الأعصار حتى يندرج فيه إجماع أهل كل عصر إلى يوم القيامة . وقولنا على حكم واقعة ليعم الإثبات والأحكام العقلية والشرعية » (الآمدى — الإحكام ، ج ١ ، ص ٢٨١ — ٢٨٢) .

واعتبر الإجماع مصدراً في الأصول استناداً إلى الكتاب الكريم والسنة والنقل ، وانتقى من تلك الحجج :

١ — قوله تعالى « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيراً » (النساء / ١١٥) . والآية صريحة في أن من يتبع غير سبيل المؤمنين حكمه كحكم من يشاقق الرسول ويخرج على طاعته فهو إذن كافر . قد يكون لأنصار الإجماع بعض المنطق في استنادهم إلى هذه الآية لو أنهم استطاعوا إثبات أن إجماعاً قد تم على نحو فعل شامل جامع كى يعتبر سبيلاً للمؤمنين لا تجوز مخالفته وهذا ما ثبت على مر العصور أنه ضرب من الخيال . ويضيف الغزالي إلى ذلك قوله تعالى « وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس » (البقرة / ١٤٣) « كنتم خير أمة أخرجت للناس » (آل عمران / ١١٠) « ومن خلقنا أمة يهدون بالحق وبه يعدلون » (الأعراف / ١٨١) . « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » (آل عمران / ١٠٣) . ووجه الاحتجاج بهذه الآيات أن الله قد عدل المؤمنين وجعلهم حجة على الناس فيما يقولون ، والشهادة على الناس تقتضى الإصالة كما أن الله أخبر عن خيريتهم بصفة التفضيل .

٢ — تؤكد الآثار أن الأمة لا تجتمع على ضلالة وأن مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن . واشتهر على لسان الثقات من الصحابة من نحو قول الرسول إن الأمة لا تجتمع على الضلالة وإن يد الله مع الجماعة وأن الرسول ﷺ أمر بلزوم جماعة المسلمين مما يحتج به في أن إجماع المسلمين ملزم يقبول الشافعى « ما معنى أمر النبي يلزم جماعتهم ؟ قلت : لا معنى له إلا واحد — قال : فكيف لا يحتمل إلا واحد .. ومن قال بما تقول به جماعة المسلمين فقد لزم جماعتهم ، ومن خالف ما تقول به جماعة المسلمين فقد خالف جماعتهم التى أمر بلزومها ، وإنما تكون الغفلة فى الفرقة فأما الجماعة فلا يمكن فيها كافة غفلة عن معنى كتاب ولا سنة ولا قياس إن شاء الله » (الشافعى — الرسالة ، ص ٤٧٥ — ٤٧٦) . « وعن ميمون بن مهران قال : كان أبو بكر الصديق إذا

ورد عليه حكم نظر في كتاب الله تعالى : فإن وجد فيه ما يقضى به فحسب به
وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله ﷺ فإن وجد ما يقضى به
قضى به فإن أعياه ذلك سأل الناس : هل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى به
بقضاء ؟ فربما قام إليه القوم فيقولون قضى فيه بكذا وكذا . وإن لم يجد سنة
سنها النبي ﷺ جمع رؤساء الناس فاستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على شيء
قضى به . وكان عمر يفعل ذلك فإذا أعياه أن يجد ذلك في الكتاب وثقة
سأل : هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء ؟ فإن كان لأبي بكر قضاء قضى به
وإلا جمع علماء الناس واستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على شيء ، قضى به .
(ابن قيم الجوزية — أعلام الموقعين عن رب العالمين ، مصر المطبعة الميمنية ، ج
١ ، ص ٧) . والقصة على هذا النحو تثير شكى لأنها تعنى أن أبا بكر ومرو
كان يتجاهلان السنة — وهي مفسرة ومكملة — إذا كان هناك حكم في
القرآن ولا أحسب أن هذا موقف الرحلين من السنة .

والإجماع قد يكون إجماعاً واقعياً كالإجماع في مذهب مالك وقد يكون
ذاتياً أي إجماع المجتهدين في مختلف أقطار الإسلام . كذلك قد يكون الإجماع
سكوتياً وقد يكون إيجابياً .

ويمكن أن نقسم الإجماع من ناحية أخرى إلى : إجماع نقلي أي المنقول عن
الكتاب والسنة وهو في الحقيقة ليس إجماعاً بالمفهوم الفني ، وإجماع عقلي وهو
الإجماع عن طريق الاجتهاد .

ويرى كثير من القائلين بالإجماع أن من الضروري ابتناء الحكم المجمع عليه
على سند ظني حتى يقبل الاجتهاد ويصبح الحكم المجمع عليه قطعياً بعد
الإجماع فتزداد قوة السند ولا تصح مخالفته .

والإجماع عند القائلين به يعتبر حجة شرعية قطعية عند عامة المسلمين .
ويتغالي بعض أنصار الإجماع فيذهبون إلى أن « الإجماع يجور ناسخاً للكتاب
والسنة .. » وتمسكوا بما روى من أن عثمان رضي الله عنه لما حجب الأم عن

الثالث إلى السادس بأخوين قال اس عباس رضى الله عنه كيف تحجبها بأخوين وقد قال تعالى « فإن كان له أخوة فلائمه السادس » والإخوان ليسا بأخوة ؟ تم قال حجبها قولك يا غلام ، قول على حواز النسخ بالإجماع . ومع ذلك فإن سند عثمان لم يكن إجماعاً بالمعنى الدقيق وإنما اجتهد بالمفهوم الفنى للفظ ، وهو محل نظر ولو أنه رأى صحابى جليل . والإجماع يخص الكتاب والسنة كما يثبت من تخصيص آية القذف فإنها توجب ثمانين جلدة للحر مابعد وأوجبوا عليه نصف الثمانين » (على عبد الرزاق — الإجماع فى الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربى ، ١٩٤٧ ، ص ٩٧ — ٩٩) . ويذهب الجمهور إلى أن الإجماع عن غير دليل حجة . واختلفوا فى تجويز إجماع على خلاف إجماع سابق ، فالبعض أحازه والبعض منعه .

ب — نظرة منكرى الإجماع :

يقف أحمد بن حنبل على رأس قائمة منكرى الإجماع فقد نفى وجود إجماع حقيقى وقال من ادعى ذلك فهو كاذب (رفيق العجم — الأصول الإسلامية ، المرجع السابق ، ص ١٢٢) . وبذلك قال بعض الخوارج والشيعة .

وحجة منكرى الإجماع تقوم أساساً على الأسانيد التالية :

١ — تعذر سماع الأخبار من كل فرد من أهل الحل والعقد أو مشاهدة فعل كل منهم لكثرتهم وتفرقهم فى البلاد ، ولذا يستحيل أن يكون الإجماع كلياً فهذا فرض نظرى لم يتحقق حتى فى عصر الصحابة .

٢ — إذا كان اتفاق المجتهدين عن دليل قطعى فإن القطعى يغنى عن الإجماع وإن كان عن ظنى فإن الأخذ به ينافى طبيعة الناس فى اختلاف قرائتهم وتباين نظرتهم .

٣ — يعارض المنكرون للإجماع ما أورده المؤيدون من آيات وآيات أخرى مثل قوله تعالى « تبياناً لكل شىء » . (النحل / ٨٩) . فتبيان كل شىء لله وسنة رسوله ، والإجماع غير هذا .

وفي قوله سبحانه : فإن نازعتم في شيء فمرؤوه إلى الله والرسول » (النساء / ٥٩) فلم تذكر الآية الكريمة الإجماع . ثم إن النزاع غير الإجماع وهو يرد إلى الله وإلى الرسول .

كذلك يقول جلّت قدرته — « وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون » (البقرة / ١٦٩) . وقد تكرر معنى هذه الآية في مواقع كثيرة من الكتاب الحكيم وهي تنفيذ جواز خطأ المتهدين فإذا كانت حجية الإجماع قائمة على فرص عصمة الأمة — أي متهدي الأمة — فإن لفظ الأمة يجب أن يحمل على الأمة بمعناها العام متابعة لما ورد منصوص مثل « عليكم بالسواد الأعظم » . « يد الله مع الجماعة فمن شذ شذ في النار » .

وقد جرى ما يؤيد ذلك في عصر الصحابة فلم ينكر أحد منهم ابن عباس عندما حالف أكثر الصحابة في مسألة العول — مثل روجه وبيّن وأبوين نعول من أربعة وعشرين إلى سبعة وعشرين (إذا اجتمع في هذا المخرج بروض كثيرة بحيث لم تكف ابتراؤه فاحتاج إلى العول) .

ج — نظرة من توسط فلم ينكر كلية ولم يثبت كلية :

وهنا نشهد أكثر من مذهب ولكنها تجتمع عند فكرة التوسط بين الإنكار والإثبات :

١ — فالإجماع عند داود الظاهري — وبجاريه في ذلك كثير من الفقهاء — . هو إجماع الصحابة لأن الإجماع يكون عن توقيف والصحابة هم الذين شهدوا التوقيف .

٢ — والإجماع عند الشيعة هو إجماع أهل البيت لا إجماع عامة المسلمين . وأهل البيت عندهم هم : علي وفاطمة والحسن والحسين لقوله تعالى : « إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيرا » (الأحزاب / ٣٣) . فنفي بذلك عنهم الخطأ والضلال لأنها من الرجس . وقول الرسول « إني تارك فيكم الثقلين فإن تمسكتم بهما لن تضلوا : كتاب الله وعترتي » .

٣ — الإجماع عند الزدوى وآخرين هو على مراتب ، فإجماع الصحابة مثل الكتاب والخبر المتواتر ، وإجماع من بعدهم مثل المشهور من الأحاديث ، والإجماع الذى سبق فيه الخلاف فى العصر السابق بمنزلة خبر الواحد .

٥ — ويحصر الشافعى الإجماع فى الفرائض الرئيسة فقط دون الفروع فيما لا يسع مسلماً أن يخالفه ، يعنى المعلوم من الدين بالضرورة . وقد رفض الشافعى صراحة ما يسمى بالإجماع السكوتى ذلك أنه يكون فى الفروع والفروع عند الشافعى تخرج عن الإجماع . فإن أخذنا بقول الشافعى فإن المسلمين جميعاً — وليس خاصتهم فحسب — يعتبرون أهلاً للإجماع لأن المسلمين جميعاً — المجتهدين منهم والعامة — يعلمون بمجمل الفرائض التى كلف بها المسلم . وفى قول آخر فإن الإجماع عند الشافعى ليس هو الإجماع الذى يتكلم عنه الأصوليون . ولعل هذا المعنى لم يكن واضحاً عند فضيلة الشيخ أبى زهرة إذ ذهب إلى أن الشافعى لا يعتد إلا بإجماع العلماء (البتاجى — مناهج التشريع ، المرجع السابق ، ص ٧٢٨) . ولعل للفقهاء عذره لأن معالجة الشافعى للإجماع تتسم بالتردد وتعدد المواقف .

٥ — أما الإجماع عند مالك فهو إجماع أهل المدينة . ورأى مالك هذا هو البذرة الأولى التى نبئت منها فكرة الإجماع الأصولى بعد ذلك .

الإجماع (رأى الخاص) :

إننى اكتفى بالتلميح إلى معضلات قضية الإجماع لإظهار أن القضية أكبر من أن تؤخذ على عواهنها وأوجه عنايتى لما يتعلق من القضية بهذه الدراسة والحق إن مايتصل — فى نظرى — بهذه الدراسة من قضية الإجماع هو تحديد وضع الإجماع من أصول الشريعة الإسلامية . والقول عندى إن الإجماع — بمعنى إجماع العلماء والخاصة — ليس مصدراً من مصادر الشريعة الإسلامية . وإنما هو دليل ثم إنه ليس دليلاً مستقلاً وإنه — بصورة من صور الاجتهاد

الفقهى يتعدد فيه الفقهاء الذين يجمعون على رأى واحد . وتبعاً فإنه قد يختلف عن الاجتهاد الفقهى الفردى فى الدرجة ولكنه لا يختلف فى الطبيعة من حيث ان رأى الجماعة هو عادة — وليس لازماً — أفضل من رأى الفرد . والاطمئنان إليه هو فى أغلب الأحوال أقرب إلى النفس والعقل من الاطمئنان إلى رأى الفرد . وحجتى فى استبعاد الإجماع كمصدر ثالث للأحكام الشرعية تقوم على المحاذير التالية :

١ — لم يتفق فقهاء المسلمين — كما أسلفت — على المقصود بالإجماع الذى يتكلمون عنه فكيف نعتمد مصدراً هو فى ذاته محل خلاف من حيث الوصف والتحديد — ثم إن العمل بالمدينة لم يكن موحداً وقد تعددت فيها الممارسات بتعدد آراء الفقهاء فى المسألة . وهذا مأخذه الشافعى على نظرة مالك فى الإجماع (أنظر محمد التاجى — مناهج التشريع الإسلامى فى القرن الثانى الهجرى — المجلد الثانى — الرياض ، مطابع نجد سنة ١٩٥٧ ، ص ٦٠٥) .

٢ — ثم إن الآية ٣٣ من سورة الأحزاب نزلت فى نساء النبى — أما قول الرسول عن عترته فلا يعول عليه فى الاستنباط وهذا الفهم مردود لأن الصحيح فى الحديث هو أنه ترك سنته مع كتاب الله وليس عترته بمعنى أهله وأسرته .

٣ — « ونفى ابن حنبل وجود إجماع حقيقى وقال من ادعى ذلك فهو كاذب واحتج من ذهب مذهبه على تعذر سماع الأخبار من كل فرد من أهل الحل والعقد أو مشاهدة فعل كل منهم وذلك لكثرتهم وتفرقهم فى البلاد » (رقيق العجم — الأصول الإسلامية ، المرجع السابق ، ١٩٨٣ ، ص ١٢٢) . كما أن الفتوى فى الفروع تخرج — عند الشافعى — عن الإجماع فضلاً على أن كلا ينسب إليه قوله وعمله (الشافعى — الأم ، ج ١ ، ص ١٣٤) .

٤ — يستحيل أن يكون الإجماع كلياً فهذا فرض نظرى لم يتحقق فى عصر

من العصور ، ومن ثم فلم نتغل أنفسنا بتصور لا واقع له . ويقول البعض إن الإجماع الكلى تحقق في عصر الصحابة ولكن هذا القول مبالغ فيه . وإذا كان الشافعي قد أنكر الإجماع على أهل المدينة وحدها فكيف يتوفر الإجماع للصحابة وقد انتشروا في مختلف البلاد والأمصار . وحتى إن صح أن الإجماع تحقق في عهد الصحابة فهو قد أصبح ذا قيمة تاريخية وليس من المقبول أن نجعل مما تحقق فرضاً من إجماع نصا له قوة الإلزام مع اختلاف الزمان والمكان وإلا كان معنى ذلك أن الصحابة قد ورثوا عن الرسول سلطة التشريع الديني وهذا قول نادى الخطأ وقائله مارق عن الدين .

٥ - إزاء استحالة أن يكون الإجماع كليا ليكون إجماعاً أخذ البعض بمبدأ الأكثرية في صحة الإجماع وبحق الأقلية في الاعتراض اعتماداً على أنه ضرورة عصرية لتلبية كثرة الناس وتضارب مصالحهم . وإلى لأعجب من هذا الرأي الذي يريد أن يفرض باسم الإجماع رأي الأكثرية على الأقلية وإن أعطى للأقلية - في الاعتراض ، ذلك أنه لا يعطيها حق الأفراد . وأسألك كيف يمكن أن يكون هذا المطلق هو منطق النظرية الإسلامية وبأي معيار نقيس الأكثرية أمهي الأعلى العددية أم الأعلى الموصوفة أم كيف . فإن قلنا إن الاعتراض يعني أن لكل رأيه وله أن يتبعه دون أن يلتزم برأي الأكثرية لكان ذلك إهداراً لرأي أصحاب هذه النظرية إذ ماذا يعني الإجماع إذن وما قيمته ؟ لقد قدمت أن رأي الواحد قد يكون أحياناً أفضل من رأي الأكثرية . والمتصور في ذلك مخالفة أبي بكر لأكثرية الصحابة الذين اجتمعوا على امتناع قتال مانعي الزكاة . ومن ثم فرأي الأكثرية ليس دائماً بالرأي الأصوب ، بل إن الأكثرية في القرآن قد تكون على خطأ في الرأي كما في قوله تعالى « لقد تجئناكم بالحق ولكن أكثركم للحق كارهون » (الزخرف / ٧٨) ، والكثرة ليست دائماً مميزة كما في قوله سبحانه « قل هل يستوي الخبيث والطيب ولو أعجبك كثرة الخبيث » (المائدة / ١٠٠) وكقوله عز من قائل « ولقد ضلّ قبلهم أكثر الأولين » (الصافات / ٧٨) .

٧ — الآية التي يستشهد بها انصار الإجماع في شأن مشاققة الرسول وعدم اتباع سبيل المؤمنين هي كما قال العراقي — لاتدل على الغرض المطلوب فيها وارادة فيمن يقاتل الرسول ويخالفه ويتبع غير سبيل المؤمنين .

٨ — لقد خصص القائلون بإجماع العلماء لفظتي « الجماعة » و « الأمة » التي جاءت في الأحاديث الشريفة بغير مخصص . والقاعدة الأصولية أن النص يتسم بمفهوم عبارته مالم يقم دليل على مفهوم آخر . وحجة هذا الفريق من العلماء التي قدمها في رفض قول العامي يرد عليها بأن الاستدلال ولو كان من عمل العلماء والخاصة إلا أنه لا يجمع عن العامة الفهم والموافقة والاطلاع ، وأن العامي قد لا يصيب الرأي منفرداً ولكنه مع غيره من العامة والخاصة يصيب ويجعل الإجماع حجة لأن الأمة معصومة . وألحق عدى أن الإجماع الذي تتكلم عنه الأحاديث الشريفة هو إجماع الأمة أو الجماعة بمعناها الواسع أي شاملة للعالم والعامي معاً . فعندما نقول بأن يد الله مع الجماعة لا نخص بذلك العلماء ، وإنما ينصرف ذلك إلى المسلمين كافة حتى يكونوا كالبنيان يشد بعضه بعضاً ولا يكونون جميعاً وقلوبهم شتى » إن هذه امتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » . إنها دعوة إلى التضامن الإسلامي وليست تحزباً لارستقراطية علمية وبذلك تكون أمة وسطاً تشهد على الناس ولذلك حفظ الله إجماعها عن الضلالة وأبقى الخير فيها إلى يوم القيامة .

وإني لأزكى موقف ابراهيم سياد النظام في انكاره لحجة الإجماع من حيث أن الحكم المجمع عليه لو كان مستنداً إلى دليل قطعي لكان الدليل ذاته هو الحجة وإن كان مستنداً إلى دليل ظني لم يتحقق الإجماع لاختلاف الناس في استنباط الأحكام .

إن كل ما قدمه أنصار الحجة التي تحصر الإجماع في العلماء من أسانيد هي بين أن تكون بعيدة عن تركية هذا الرأي وبين أن تكون دليلاً على حجبة العرف بوصف أن العرف هو في الحقيقة إجماع الأمة بمفهومها الأشمل . ولكنني أرفض بشدة القول بأن إجماع مجتهدي الأمة — حتى لو تحقق — يمكن أن

ينسخ حكماً في القرآن أو الحديث لأن هذا يعني إضفاء سلطة التشريع على مجتهدي الأمة وكأننا نجعل من هؤلاء سلطة تصدر نوعاً من القانون الكنسي (كما تزعم الكنيسة) . لقد انقطع التشريع بوفاة الرسول وتوقف مصدره الرباني عن النزول واختصرت أحكامه في الكتاب والحديث ، ولو أننا أخذنا بهما — كما قال الرسول ﷺ — فإساً لن يصل أبداً .

إن القول بأن الإجماع مصدر للشرعية يعني أن علماء المسلمين ورثوا سلطة التشريع بعد وفاة الرسول . وهذا قول ينادي بالخطأ ولا يمكن لمسلم أن يقبله . ومادام أن الإجماع ليس مصدراً فإنه يصبح دليلاً وهو كدليل يستحيل أن يتحقق على سبيل البقين ولذا لا يبقى فيه إلا أن نلحقه بالاجتهاد فيكون اجتهاداً جماعياً .

والرأي عندى — بعد ما قدست — أن اتفاق أكثر الفقهاء يجوز أن يكون حجة بوصفه اجتهاداً جماعياً ولكنه ليس إجماعاً . إما الإجماع في فهمي فهو إجماع الأمة أو الجماعة وعندئذ يدخل في حكم العرف أو العادة على نحو ما أوضحته في حينه .

إن اعتراضى على مدرك الإجماع بالمفهوم التقليدى لا يصب أساساً على إمكانية حصوله أو تعذر ذلك لأن هذا اعتراض واقعى ، وإما الذى يستهمنى في القضية هي الحجية التي يربتها الفقه الكلاسى على الإجماع إلى حد أن بعض الآراء امتنط فزعم أنه يمكن أن ينسخ حكماً في الكتاب أو السنة وأن حجيته لا تحتاج إلى دليل . والذي نفسى بيده إن هذا القول باطل فما كان لقول بشر — بل والناس جميعاً ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً — أن يعارض حكماً أنزله العلى القدير في كتابه الكريم أو على لسان نبيه الأمين . وكل ما قد يكون للإجماع من قدر يصح أن يتميز به عن اجتهاد الآحاد هي الثيمة الأدبية التي يتمتع بها رأى الأغلبية — أو حتى الكل — بالقياس إلى اجتهاد الآحاد .

إن الإجماع — على فرض حصوله وهو فرض نظرى تحت في رأيى — لا يمكن أن يرقى إلى مرتبة المصدر لأنه اجتهاد بشر . فكيف نعتة بالحجة البالغة

والله تعالى يقول « قل لله الحجة البالغة » (الأنعام / ١٤٦) .

والواقع أن هذا الفرض إنما يصدر عن مسلمة خاطئة وهي أن علماء المسلمين إذا اجتمعوا على أمر فقد جمعوا الحقيقة العلمية التي لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها وينسى أن العليم هو الله ويغفل قوله عز من قائل « وما أوتيتم من العلم إلا قليلا » (الاسراء / ٨٥) .

ولذا نجد آيات تتحدى أن يكون الإجماع دائماً — من حيث هو إجماع — كاشفاً عن الرأي السليم . من ذلك قوله تعالى « نبئني بعلم إن كنتم صادقين » (الأنعام / ١٤٣) وقوله سبحانه « قل هل عندكم من علم فتخرجوه لنا » (الأنعام / ١٤٨) . فإن قيل إن الآيتين تخاطبان غير المؤمنين قلت إن الاستشهاد هنا هو بتحدى الإجماع البشرى عن أن يصل إلى الحقيقة المؤكدة . وتاريخ الحضارات شاهد على أن علماء عصر من العصور قد يجمعون على رأى ثم يتضح بعد ذلك — فى عصر تال — أنه رأى خاطيء .

ولذا فإنى لا أجد حرجاً فى القول بأن الأصوليين الذين ذهبوا إلى أن الإجماع مصدر ثالث للشرعية الإسلامية لعلمهم قد تأثروا فى تكوين رأيهم بالفقه الرومانى الذى ورد إليهم العلم به من بيزنطة . وأشير هنا إلى ما أسلفت عن امتياز الفتوى الذى منحه هادريان لفئة من الفقهاء ثم إننا لانستطيع أن ننكر أن الأصوليين قد تأثروا بالأعمال العقلية اليونانية إذ تم الاتصال الثقافى بين الحضارتين الإسلامية واليونانية عبر انتقال نتاجات اليونان على يد السريان فشاع الأخذ بالمنطق اليونانى وأساليه .

ولو أن الإجماع كانت له هذه الحجية لما أغفل القرآن الكريم — وهو الذى لم يفرط فى شيء — فى تنبيه المسلمين . صراحة إلى ذلك حتى يكون الإجماع لهم هداية بعد انقطاع الوحي ولما ضمن عليهم بهذه المنة حتى تبقى لله على عباده الحجة . ولما كان القرآن الكريم صريحاً فى أن الحجة تثبت بإرسال الرسل وليس بإجماع العلماء « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً » (الاسراء / ١٥) .

المبحث الثالث

فى

أدلة قانون السلام الإسلامى

فرع تمهيدى

تعداد الأدلة :

يختلف فقهاء الشريعة حول أدلة الشريعة الإسلامية خلافاً كبيراً . ولما كنت لا أنتوى أن أقحم هذه الدراسة فى معميات أصول الفقه لأنى ما قصدت بها إلا عرساً عسرياً للنظرية الإسلامية فى السلام فإنى أبداً مناقشة عاجلة لما يقول به فقهاء القانون الدولى الوضعى بعيد المقارنة . وكما أنى بعدت بالبحث عن حدل علساء الأصول فإنى أبعد به كذلك قدر الإمكان عن ماحرة فقهاء القانون الدولى ولذا آخذ من المادة / ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية — التى حدد للمحكمة الدولية أدلة القانون التى تطبقها — هادياً وأساساً للمعاينة .

تنقسم المادة ٣٨ الأدلة إلى قسمين رئيسين . قسم يتضمن الأدلة الأصلية ، رسمى المعاهدات والعرف والمبادئ العامة . وقسم يحتوى الأدلة الثانوية وهى أقوال كبار الفقهاء وأحكام القضاء .

والرأى عندى أن النظرية الإسلامية قلبت هذه التقسمة رأساً على عقب فما تعدد مادة نظام المحكمة أدلة ثانوية يعتبر فى النظرية الإسلامية أدلة رئيسة بل لعله أهم الأدلة الرئيسة فى مفهوم النظرية الإسلامية . ذلك أن استنباط الأحكام فى النظرية الإسلامية هو أصلاً من صاعة الفقهاء والقضاء . ولذا فإن الكلام عن الأدلة إنما يبدأ بمناقشة الفقه ودوره فى صياغة الأحكام . ولما كانت الأدلة التى جاءت بها المادة ٣٨ السالفة تندج جميعاً — كما أبين بعد قليل — تحت مفهوم الاجتهاد ولا يشذ عن ذلك عندى إلا دليل واحد هو ما أسمته المادة « المبادئ العامة » التى تقرها الدول المتحدية فإنى أرى أن اعرض لهذا الدليل بكلمة لرى ما إذا كان لمفهومه الزمنى المعاصر معنى يختلف عن مفهومه فى النظرية الإسلامية .

المبادئ العامة في الفكرين العربي والإسلامي :

والحق أن اعتماد المبادئ العامة للقانون أصلاً شرعياً ومقبولاً يثير خلافاً في القانون الدولي المعاصر ولكنني كما قدمت أوجره هما لأحصر نفسي في طرح مفهومى للتعبير كما جاء في نظام محكمة العدل الدولية أساساً للمقارنة .

المبادئ العامة :

أن أول ما يتبادر إلى الذهن عند طرح مدلول « المبادئ العامة » . هو أن هذه المبادئ هي أصلاً المبادئ التحريرية في القوانين الداخلية للدول والتي لقيت فدرلاً عاماً في كل دولة على حدة ومن ثم فإن اعتبارها - بهذه الشروط - ناعدة من قواعد القانون الدولي يبدو أمراً مبرراً . وهذا هو الفهم الغالب على الفقهاء العرب .

وتقابل هذه النظرة بطرداً - رتبى ترى في المبادئ العامة قانوناً مستتر كآلة - رب جميعاً وقانوناً بين السبوت كذلك بوصف أن كلا من القانونين سر انعكاس للآخر . فأصحاب هذا الاتجاه يعتبرون أن المبادئ العامة عبارة عن مسلمات تتكون من عدد من القواعد التي لا عى للنظام القانوني عنها ، وتلك الضرورة هي مبرر وجودها . إن المبادئ العامة عند أصحاب هذا الرأي تنبع من الضمير العالى إذ تعترف بها جميع الدول بطريقة ثابتة وأساسية . على أنه لا يكفى في ذلك اعتراف غالبية الدول بالمبدأ أو حتى اعترافها جميعاً به بل يشترط أن يكون هذا المبدأ صالحاً بطبيعته لأن يطبق على الجماعة الدولية مثل مبدأ الإثراء غير المستروع . وهذه نظره لا تخلص من وجهة ييد أنها تتمم بحصيصه تحكمية لأنها تقصر عن تزويدنا بطرائق مقبولة نستشف منها تلك المسلمات .

أما أنا فأرى أن نقطة الانطلاق في فهم مدلول الاصطلاح هي التفرقة بين المبدأ والقاعدة ، ذلك أن المبدأ هو الكل أو التصور العام المجرد للفكرة أما القاعدة فهي التطبيق التفصيلي لهذا التصور المجرد ، وهذا ما نقرأه في قوانين

الملة العربة بل واللغات الأءسة فى شرح لفظة « المبدأ » فهى ءجمع على أن المبدأ هو بمعنى الأصل والمصدر والتصور العام للسلوك . والمثل يوضح ما أقول — يتكلم الفقهاء عن حسن النية فى العلاقات القانونية ولكن حسن الية هذا مبدأ لأنه يعبر عن فكرة عامة مجردة ، أما الحكم الذى يقرر بطلان تصرف شاهه غبن بنسبة معينة فهو قاعدة لأنها تطبيق محدد للعلامات للمبدأ العام الذى يقضى برعاية محسن الية فى المعاملات . ومن ثم فإن المادة عندما تتكلم عن المبادئ العامة إنما تقصد التصورات القانونية العامة المجردة وليس التطبيقات التفصيلية لتلك الأفكار . فإذا أضفت إلى ذلك حقيقة أخرى وهى أن فلسفة القانون فى معناه الشامل إنما تنى على مدركات واحدة وأن التطبيقات — فى الفروع المختلفة للقانون — هى التى تختلف فى الشرح والتفصيل فإن مؤدى ذلك أن المبادئ الجوهرية فى مدرك القانون لابد أن تكون متماثلة بالنسبة لكافة النظم القانونية ، فلا يتصور مثلاً أن أى نظام قانونى مهما كانت فلسفته يمكن أن يجعل من سوء الية مبدأ يحترم أو أن يرتب حقاً يتمسك به سىء النية ذلك أن حسن النية هو من المبادئ الجوهرية التى لا يمكن أن يكرها أى نظام قانونى ، ولكن تطبيقات هذا المبدأ العام قد تختلف من نظام لآخر بل ومن فرع فى القانون لفرع آخر .

أما الأمر هو ما قدمت فإن المبادئ العامة التى تتكلم عنها المادة ٣٨ تكون عبارة عن تصورات قانونية عامة مجردة تشترك فيها نظم القانون المختلفة لأنها هى الدعامات الجوهرية اللازمة لتكامل البناء القانونى أيا كان من حيث أن هذه المبادئ إنما تستمد فى الحقيقة من ضمير الشعوب . بيد أن هذا القول يحتاج إلى شىء من التحديد . ذلك أننا إذا اتفقنا على أن مقصود المادة هو ما أسلفت فإن هذا يتطلب معياراً لتحديد أى المبادئ العامة هى التى تختار ، ذلك أن المبادئ العامة التى تصلح للفكر القانونى تتعدد وقد تختلف بين زمان وزمان فالرق مثلاً كان أحد المبادئ العامة للفكر القانونى القديم ومن ثم كان من المقبول أن نشهد أحكاماً قانونية تنظم الوضع القانونى للأرقاء أما اليوم وقد اختفى الرق من البناء القانونى فقد اختفى المبدأ الذى يجيز الاسترقاق واختفت

معه القواعد التي تفصله . وها تقول المادة / ٣٨ إن المبدأ لا ينتقل إلى العلاقات الدولية إلا إذا انتقته الدول المتمدينة وارتضته لأداء ذلك الدور . وهذا المعيار هو الذي قصدت إليه المادة عندما قيدت المبادئ العامة بأن تكون هي تلك التي أقرتها الدول المتمدينة . وإذن فإقرار الدول المتمدينة هي وسيلة اختيار أى المبادئ هي التي تطبق وليس أداة لخلق تلك المبادئ لأن المبادئ العامة قانون طبيعي تستهديه الإرادة الشارعة . وقد رويت اقوال شبيهة عن الشافعى وابن حبل ، وما جاء اختلاف الفقهاء إلا نتيجة منطقية لحرية الرأى والاجتهاد .

إن تصور المبادئ العامة على النحو الذى اسلفت يخرجها عن أن تكون دليلاً ويرتفع بها إلى مستوى المصدر فهى الحكمة الحاكمة على النظم القانونية والسنن الإلهية التي يتعرف عليها العقل البشرى وحيأً أو اجتهاداً . وناحية الدليل في تلك المبادئ العامة ، لا تتوافر إلا اذا توصل إليها العقل عن طريق الاجتهاد وعندئذ يكون دور العقل — أو الاجتهاد — هو في استنباط تفاصيل وتطبيقات تلك المبادئ . وفي قول آخر فإن المبادئ العامة هي بمثابة النصوص الأصلية والاجتهاد هو في التعرف على فروعها الفرعية . ولأمراء في أن المبادئ العامة — بهذا المعنى — هي في قانون السلام الإسلامى سنة الله في شريعته الغراء مقابل ما استوحاه العقل البشرى من مدركات ثابتة في القانون الدولى المعاصر . ولكن هل تصلح هذه المبادئ العامة — في النظرية الإسلامية — لتحكم العلاقات الدولية ؟ .

قلت إن هذه المبادئ هي من سنن الله الطبيعية ومن ثم فإن من تلك المبادئ ما يحكم أو يصلح لأن يحكم علاقات الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر لأن سنة هذه الدول هي سنة الله وتبعاً فهى جميعاً تدين في علاقاتها بالطاعة لتلك السنن الإلهية . وإذن فالدول الإسلامية تحكمها — حيال بعضها البعض — مبادئ عامة ليست من خلق إرادتها وإن جاز أن يكون لها دور في صياغتها .

ولكن هل يمكن أن تكون هناك مبادئ عامة تحتضع عندها الدول الإسلامية وغير الإسلامية في علاقاتها ؟ يجيب المسلم المتحمس بأن أحكام الديان تصلح لكل زمان ومكان ومن ثم فإن المبادئ العامة — وهي سنة الله — تصلح لأن تحكم العلاقات الدولية قاطبة ولو احتلعت عقائد الدول . بيد أن من يريد أن يافتس الأمر بمنطق زمني يقول مقالته أرسطو من أن ما يصدر عن الطبيعة واحد في كل مكان فالنار تحرق في اليونان على النحو الذي تحرق به في فارس غير أن اليونان يستخدمونها والفرس يعبدونها . وعلى هذا فإن مكنة اجتماع الدول — بفض النظر عن عقيدتها — حول مبدأ عام بذاته ليس أمراً مستحيلاً ولكن هذه المكنة لا تتحقق إلا إذا أقرت الدول التعامل بمقتضى ذلك المبدأ . وهذا أقول إن الذي يستعرض المبادئ العامة التي تقرها الدول المنسدية اليوم ينتهي إلى تأكيد أن المبادئ العامة التي تطوى أو يحكم أن تنطوى عليها النظرة الإسلامية تصلح جميعها لهذه العلاقات الدولية أما كانت عقيدة الدول صواب الدلالة وإلغير . قد يقال إن العكس غير صحيح نسبي أن النظرية الإسلامية لا يحكم أن تشمل كافة المبادئ التي تقرها الدول غير الإسلامية ، وهذا قول لا اعترض عليه من الناحية النظرية ولكنني جاهدت نفسي في العثور على مبدأ عام من المبادئ التي أقرتها أو تقرها الدول « المتعدنية » المعاصرة فلم أجدها فيها مبدأ يمكن أن ترفضه النظرية الإسلامية ، هذا إذا لم يغف عنا ما قدمت من أن المبدأ المبدأ العام تصور عام مجرد . إن الذي يمكن أن تلفظه الطرقة الإسلامية — في علاقاتها بالدول غير الإسلامية — هو بعض تطبيقات أو تفصيلات المبدأ العام وليس المبدأ العام في ذاته . وأضرب لذلك مثلاً بالمبدأ العام الذي قضى بإقرار المساواة بين الرجل والمرأة . إن هذا المبدأ عدى هو من المبادئ التي تقرها كل من القانون الدولي وقانون السلام الإسلامي غير أن تفاصيل المساواة قد تختلف في بعض الجزئيات بين النظرية الإسلامية والنظرية الرمنية المعاصرة . كذلك الأمر في مبدأ الحد الأدنى في معاملة الاحانب فالنظرية الإسلامية — في رأيي — تقر هذا المبدأ إلا أن مفهوم الحد الأدنى — وهو أيضاً محل خلاف بين الدول المعاصرة — قد يكون له معنى في النظرية الإسلامية لا يتفق مع نظرة عدد من

دول الجماعة الدولية ، معاصرة . وهكذا أحلص إلى أن النظرية الإسلامية والنظرية اندونية المعاصرة يلتقيان عند المبادئ العامة التي تصدر عنها أحكام وقواعد كل من المنطرتين ولا يتور الخلاف بينهما إلا حول تفاصيل التطبيق ، وهو خلاف لا يفسد للود قضية بل إنه اليوم هو العادة الجارية في العلاقات الدولية . والمنصف المدقق لابد أن يتهدى إلى أن المجال ليس محال توافق فحسب بل إن من المبادئ ما سبقت به النظرية الإسلامية فصلاً على ما في جمعة النظرية الإسلامية من كنور مدحرة يملك أن تكون هدية هادية ونحمة غالية للعمل الدولي المعاصر .

صور الاجتهاد :

قلت إن م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية تحوى على قسمين من الأدلة : أدلة أصلية هي المعاهدات والعرف والمبادئ العامة ، وأدلة ثانوية هي أقوال العقهاء وأحكام القضاة .

والنظر المدققة لتلك الأدلة تنتهى إلى مايلي :

١ — المعاهدات — بمعنى التشريع الدولي ، والعرف كقانون دولي ، هما دليلان على الإرادة الدولية الشارعة الأصلية ، وهي إرادة الدول وغيرها من أشخاص القانون الدولي — التي تملك سن القوانين الدولية . أما النظرية الإسلامية فتعتبر أن المعاهدة دليل على إرادة شرعية ثانوية أو مستمدة ، لأن الإرادة الشارعة الأصلية في النظرية الإسلامية — كما أفصل في موقعه من هذه الدراسة — هي لله تعالى . أما العرف فليس دليلاً كما أبين .

٢ — الفقه والقضاء دليلان ثانويان في حين أنهما في الشريعة الإسلامية يعدان دليلين رئيسيين عليهما بنيت النظرية الإسلامية وبهما استقامت مفاهيمها .

لقد أسلفت أن النظرية الإسلامية قلبت هذه التقسمة رأساً على عقب فما تعدد مادة نظام المحكمة أدلة ثانوية يعتبر في النظرية الإسلامية أدلة رئيسية بل

لعله أهم الأدلة الرئيسة في مفهوم النظرية الإسلامية ، ذلك أن استنباط الأحكام في النظرية الإسلامية هو أصلاً من صناعة الفقهاء والقضاء . ولذا فإن الكلام عن الأدلة إنما يبدأ عادة بمناقشة الاجتهاد ودوره في صياغة الأحكام .

إن للاجتهاد في النظرية الإسلامية عدة صور هي التي تنفرع إليها أدلة القانون المختلفة وخجتي في قولى هذا هي الآية الكريمة « وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردوه إلى الرسول وإلى أئمة الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » (النساء / ٨٣) .

إن الآية صريحة في أن الاستنباط هو دليل معرفة الاحكام ، وفي قول آخر فإن الآية تجمع كافة أدلة الاحكام في دليل واحد هو الاستنباط : والاستنباط هو الاجتهاد . ومن ثم فإن ولى الأمر في أى موقع كان ليس أمامه — ان أراد أن يستدل على حكم ما في أمر من الأمن أو الخوف — أى في مختلف نواحي السياسة الشرعية — أن يتحرى الاستنباط أو الاجتهاد ليتعرف على ذلك الحكم . ولذا أعود فأقول إن الاجتهاد هو الدليل الأوحد على الاحكام في نظرية الإسلام . وأن الأوصاف المختلفة للأدلة إن هي إلا تفريعات عن الأصل وتقسيمات للكل .

فإذا كان المجتهد فقيها فهو اجتهاد فقهي وإن كان حاكماً فهو اجتهاد سلطاني وإن كان قاضياً فهو اجتهاد قضائي وإن كان سلوك الأمة فهو ليس باجتهاد وإنما هو العرف . وهكذا فإنى أقابل أدلة م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية بما يعادلها في النظرية الإسلامية — حسب رأيى الذى اسلفت إيجازه — على النحو التالى :

١ — المعاهدات ، هي الاجتهاد السلطاني ، بيد أن البعض يدخل في الاجتهاد السلطاني التشريعات القانونية والقرارات الحكومية وهذه هي في تقديرى أدلة تخرج عن دائرة القانون الدولى وتعلق بأحكام القانون الداخلى .

٢ — أحكام القضاء ، وهي الاجتهاد القضائي .

٣ - آراء كبار الفقهاء ، وهى الاجتهاد الفقهي .

أما العرف فدليل يسترشد به الفقيه للوصول إلى حكم مالا يص فيه من المسائل ، ويتوصل به إلى فهم المراد من النصوص والفاظ المتعاقدين ، ويستعين به لتحصيل عموم بعض العبارات وتقييد المطلق منها ، ويجعله حكماً فصلاً في بعض الحالات لقبول أقوال أحد المتخاصمين عند انعدام البينة لدى أى منهما ، ويستند إليه في رفض بعض الدعاوى ، وفي اختار بعض الشروط التي تبني عليه . وقد احتكم إليه فقهاء المذاهب جميعاً بين موسع ومضيق (نظام الدين عبد الحميد - المرجع السابق ، ص ١٤٢ - ١٤٣) ، ولذا فإن أخرج من مدلول الآية الكريمة لأنه ليس استبطاً وإنما اتفاق على مصلحة عامة أثبتت الأحداث وحسن العلاقات - حاجة الناس إليها وسلامة تعاملهم على أساسها وهو أقرب ما يكون إلى الأدلة التاريخية في مفهوم م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية .

وأريد هنا وقد استحدثت لفظة « رأى » أن ادفع شبهة قد تتور لأر علماء الأصول يهتمون بالرأى على أنه القياس بأوسع معانيه وهم بهذا المعنى يسمون أهل العراق بأهل الرأي وأكثر أهل الخجاز بأهل الحديث (الحضري - تاريخ التشريع الإسلامي ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية - مصر ، ١٣٩٩ ، ص ١٣٦) . هكذا تكونت لأول مرة بعد الصحابة فرقتان : أهل الرأي وأهل الحديث ، وبتكوينهما على تلك الأسس تكونت أسباب النزاع فيما بينهما . ولكي لست من أنصار هذه التفرقة فالرأى في مذهبي هو الرأي كما كان عند الصحابة ، أي الحكم بناء على القواعد العامة للشريعة . والحق أن الاجتهاد والرأى والعقل عندي كلها مترادفات في هذه الدراسة وإن كان الاجتهاد من حيث هو أعلمها وأعمها .

ولما كانت المعاهدات وأحكام القضاء وآراء كبار الفقهاء هي اجتهاد المتخصصين - على خلاف العرف الذي هو سلوك يصدر عن ضمير الأمة ورأى تتفق عليه جماعة المسلمين - فإن الاجتهاد في صورته جميعاً - عدلاً

العرف — يحتاج إلى مجتهد أو جماعة من المجتهدين . ولا بد للمرء كي يقتعد مقعد المجتهدين من أن تتوافر فيه صفات معينة وأن تكتمل عنده متطلبات لازمة — والحق أنني أدرجت العرف ضمن أدلة الأحكام لأنى — كما قدمت — أعارض القول بأن الإجماع مصدر من مصادر قانون السلام الإسلامى ، ومن ثم فإننى أستعرض بعد قليل كلا من الاجتهاد الفقهي والقضائي وكذا العرف . ثم أناقش الاجتهاد السلطاني في باب تال .

وبطبيب لى أن أتير هنا إلى أن صور الاجتهاد تلك تختلف أساسا من حيث الشروط التي تتطلبها في المجتهد كما أنها تختلف من حيث قوة الإلزام التي تضافى على كل منها ، وهذا ما أزيده توضيحا عند مناقشة كل صورة على حدة .

عنه على بدء .

لعل من المناسب في هذا المقام أن أتناول بعض المصطلحات ذات الصلة
بشيء من البيان التاريخي .

دلت أن لفظة « فقه » لم تكن تعني في فحر الدراسات الإسلامية معناها
الشامل الذي نفهمها به اليوم ، فقد كانت تقتصر على الرأي فحسب أما حفظ
القرآن ورواية الحديث وما أثر عن صحابة الرسول فكان يعرف تسمى
« العلم » . ولذا استخدم البعض الفقه والرأي على أنهما صنوا كذا استخدموا
الرواية والعلم على أنهما عديلان . فإذا اجتمع الفقه والعلم في شخص فإنه —
كما قال مجاهد — يكون قد أوتي الحكمة .

ومن ثم فإن الفقيه كان غير العالم فهناك أهل الفقه وهناك أهل العلم . فإن
عمر متلا كان يعتبر حيد الحديث ولكنه لم يكن جيد الفقه ، أما ابن عباس
فكان فقيها وعالما .

وقد لقي الفقه — بمعنى الرأي — معارضة لدودة من فريق كان شعاره
« لا تقاعد من يقولون رأيت رأيت » . وحتهم في ذلك فهمهم الخاص
لقوله تعالى « ما فرطنا في الكتاب من شيء » (الأنعام / ٣٨) .

وقد مثل عطاء بن رباح في قصة كان يقضى فيها : أهو علم أم رأي .
وبدهي في مفاهيم كهذه ألا نلجأ إلى الرأي إذا لم يكن هناك علم . وفي
تقديرى أن مدرك الإجماع — الذى كان محل نقدى في صفحات سالفة — بدأ
أول مابداً على أنه إجماع علم وليس إجماع رأي . فإن صح هذا التقدير فإنه
يوضح لم قال به السابقون .

ولعل أول فقيه ممن لهم قدرهم استطاع أن يوفق بين العلم والرأي وأن
يوجد وشائج تجمع بين الفكرتين هو الشافعى في كتابه المعروف « الرسالة » .

وقد تحررت لفظة « الفقه » مع مرور الزمن من القيود التى تحد من معادها

وأصبحت تعنى العلم الذى ينصرف إلى كافة المعرفة المستمدة من القرآن الكريم والحديث الشريف .

وكانت للفقهاء بهذا المعنى مراكز تنصدرها المدينة المنورة والعراق وسوريا ثم جاءت مصر بعد ذلك . وأقدم كتابات الفقه الشيعى مانقل عن زيد بن على ، وأقدم كتابات السنة موطأ مالك فى المدينة وفقه الأوزاعى فى سوريا وحماد بن سليمان — استاذ أبى حنيفة — فى العراق .

وقد تجمعت الدراسات الإسلامية فى القرن الثالث الهجرى فى فرعين رئيسيين هما : علم أصول الفقه ، وعلم فروع الفقه الذى تمثل فى المدارس — أو المذاهب — الفقهية المختلفة . وتختلف دراسات الفروع فى الجزئيات ولكنها تتفق فى الرئيسية . ولعل أهم ماين فقه الشيعة والفقه السنة من خلاف يتمثل فى الموضوعات التالية : الخلافة والزواج والأذان والأعياد .

وأوسع المذاهب انتشارا هو المذهب الحنفى الذى كان مذهب الدولة العثمانية فسار معها فى ركاب فتوحاتها ، وهو المذهب الغالب الآن فى آسيا الوسطى وأخذ . أما الشافعى فمعظم أنصاره فى مصر وجنوب شبه الجزيرة العربية واندونيسيا وشرق أفريقيا وسوريا . ولمالك أصحابه فى المغرب العربى وصعيد مصر وغرب أفريقيا . ويكاد ينحصر الفقه الحنبلى فى قلب شبه الجزيرة العربية وسدنته هم الوهابيون فى المملكة العربية السعودية .

الفرع الأول شجي الاجتهاد في الفقه

الاجتهاد : كناية عامة

الاجتهاد : هو بذل الجهد والوسع في أمر من الأمور الشرعية
الاصحح ملاحظي : أي الاجتهاد المسمى به هو استنباط دليل الجهد والوسع في
طلب الأحكام الشرعية من أصولها الشرعية ، من حيث استنباط أدلة
إلى المقصد هو المستنبط وأن الاجتهاد هو البذل الذي يستحقه العلم والشرع
وجناب لعدالة واحد ، وإذا قلنا إن الاجتهاد المسمى هو ما ذكره من الاجتهاد
ويجوز الإقرار بأنه دليل على صحة ما ذكره من الاجتهاد ، وما
علمنا الاستدلال به في الحديث ، إذ دار بين الزماني ^{تاريخه} وبين غيره من
عدد اثنين واليا على الأمر ، سأل الرسول عما يقتضي إذا علم من لا
قال : أنتني بكتاب الله عز وجل ، قال : زار ، لم يجد في كتاب الله قال : فجد
رسول الله ﷺ قال زار لم يجد في كتاب رسول الله ولا في كتاب الله ؟ قال :
أجتهد رأيي ولا ألو ، فتسرب رسول الله على صدره وقال : الحمد لله الذي
ونق رسول رسول الله لما يرضي الله ، والفقه من حيث هو اجتهاد في أي
نشاط عقلي - تبرره عدة آيات قرآنية تدعو الفرد إلى أن يتخذ من عقله وسيلة
للحكم على الأشياء . صحيح أن القرآن يجعل الوحي قوت العقل كمصدر
لصياغة الفتاوى القانونية لكنه يقر باستقلال الاجتهاد في الوصول إلى
الأحكام . قال تعالى في محكم كتابه : وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف
أذاعوا بدحوهم رجوعهم إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمهم الذين يستنبطونه
منهم ولولا فضل الله عليكم ورحمته لا تبعه الشيطان إلا قليلا (النساء /
٨٣) ، ومن هنا كان الاستنباط - حتى في عهد الرسول - دليلا اجتهاديا إذ

لم يكن ميسرا أن يستشار الرسول في كل مشكلة لاسيما بعد أن اتسعت رقعة الإسلام . ، وقد اجتهد الصحابة في زمن النبي في كثير من الأحكام ولم يهملهم الرسول من ذلك أنه أمرهم يوم الاحزاب ان يصلوا العصر في بني قريظة ، فاجتهد بعضهم وصلوها في الطريق وقال : لم يرد منا التأخير وإنما أراد سرعة النهوض ، فنظروا إلى المعنى . واجتهد آخرون فظنوا اللفظ وأحروها إلى بني قريظة فصلوها ليلا ، وهؤلاء سلف أهل الظاهر ، وأولئك سلف أصحاب المعاني والقياس (ابن قيم الجوزية — أعلام الموقعين عن رب العالمين ، مصر ، المطبعة الميرية) ، ج ١ ، ص ٢٤٤ — ٢٤٥) . وقد بدأ الاجتهاد فرديا منفردا يمارسه من توفر لديه العلم الكافي ثم قامت المذاهب في القرن الثاني اخبرى وبقي لنا منها على المشهور أربعة رئيسة هي الحنفى والمالكي والشافعى والحنبل ، وكل نسب إلى مؤسسه . ولا زالت تلك المذاهب رائدة إلى يومنا هذا في مختلف بقاع العالم الإسلامى السنى ، أما معظم المذاهب الفرعية فقد انقرضت ولم يكتب لها البقاء إلى جانب مذاهب الشيعة التى تسيطر على جانب من العالم الإسلامى وفي مقدمتها المذهب الحعفرى وفيه من النواحي الفكرية ما يستأهل عند المقارنة بينه وبين المذاهب السنية . ولكن الازدهار الفقهى لم يلبث أن لحقه الخسوف فأدى ذلك — منذ أوائل القرن الرابع الهجرى — إلى شبه اجماع ضمى بين فقهاء أهل السنة على سد باب الاجتهاد والاكتفاء بالمذاهب الاربعة المعروفة . وكانت نتيجة ذلك تفشى التقليد وقيام البدع المثبتة على الوهم واجهل كالطرق التى نسبت أو تسترت بالصوفية وتمسك المقلدون بالأمور الشكلية التافهة وحرموا الأخذ بكل جديد حتى أن بعضهم أفتى بتحريم تعلم اللغات الاجنبية أو الأكل بالمعلقة وكأنهم يريدون للمسلمين أن يتخلف ركبتهم وأن يوقفوا سنة التطور ويعطلوا عجلة التقدم . وارتفعوا بالمذاهب إلى مرتبة تقترب من التقديس وكأن اقوال فقائها معصومة عن الخطأ وجعلوا المذهب لصيقا بتابعه لا يجوز له أن يبدله أو يغيره ولا أن ينتقى ما يقتنع به عقله من كل مذهب ، مع أن المذاهب اعترفت حيال بعضها البعض بسلامة اجتهاد كل مذهب حتى فيما اختلفت فيه من فتاوى وآراء . ثم إن الارتفاع

بتقويم الاجتهاد إلى مرتبة الشريعة لا يتسق مع المبدأ الإسلامى الذى يحصر الطاعة المطلقة فى الله ورسوله « يأياها الذين آمنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تدارعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » (النساء / ٥٩) . فالآية استبعدت عمدا أولى الامر عندما يتنازع المسلمون أمرهم وحضرت الحكم عندئذ فى الله ورسوله ، ذلك أن النزاع قد يثور بين أولى الأمر والجماهير ومن ثم فإن الحكمين هما الله ورسوله فحسب. بيد أن قفل باب الاجتهاد لم يحرم الإسلام على فترات غير متباعدة من بعض العلماء المجتهدين .

ولذا يذكر المرء بكثير من ارتياح النفس القرار الذى صدر عن مؤتمر علماء المسلمين — الذى عقد فى القاهرة (مارس — ابريل سنة ١٩٦٢) — والذى أقر فتح باب الاجتهاد وإن كان قد اشترط لذلك ألا يمارس منفردا وإنما جماعيا وفيما لا نجد فيه جوابا عند المذاهب الأربعة — وعلى الرغم من التحفظ الذى تعثر فيه القرار فإنه لاشك علامة على طريق الصلاح ذلك أن القانون الإسلامى هو فى الحقيقة من صناعة الفقه الذى يستند إلى آراء كبار العلماء وماصدر عنهم من فتاوى فى الشئون القانونية . كذلك أكدت الخطة الشاملة التى تتناول الثقافة العربية بين المهد واللحد « أن التعارض بين العقل والنقل مشكلة رائفة وغير ذات أساس فى الدين وأن تلك المشكلة نجمت وتوطدت فى الماضى ضمن ظروف فكرية انتهت الآن وانتهى دورها (ص ٧٢) تم تدعو الخطة لفتح باب الاجتهاد فتقول « إن نشأة فقه اسلامى معاصر اصبحت من الضرورات الملحة فى الثقافة العربية الإسلامية » . وعلى هذا — كما تقول الخطة — فإن التأكيد على فتح باب الاجتهاد والتشجيع على ممارسة اعفاء للتطبيق اليومى للاحكام الشرعية وتيسير لنشأة فقه اسلامى معاصر من شأنه أن يساعد فيما تسعى إليه المجتمعات العربية من جعل الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع فيها (ص ٦٨) . وفى هذا المجال أوضحت الخطة أنه فيما عدا أحكام القرآن والسنة فإن المبدأ الشرعى فى الإسلام هو أن العقل أداة الاجتهاد وأن استخدامه فى مجال الأمور الدينية ليس واجبا فكريا فحسب ولكنه يتجاوز ذلك ليكون أمرا إليها

(٧١٣ هـ) وإنما ينبغي شرح قول ابن تيمية « صحيح المقول في الشرع الإسلامي موافق دائما لتسريح المعقول ». وقد فصل الشوكاني وأمثاله أدلة وجوب الاجتهاد بصورة متوسعة .

والحق أن النهضة الفكرية الشرعية العصرية بدأت في القرنين السابع والثامن للهجرة ومن أشهر من قام بها الفقيه الغرناطي ابراهيم بن مرسى اللخمي المعروف بالإمام ابن اسحق الشاطبي، ولا ننسى هنا ما قاله أئمة المذاهب الأربعة . قال ابو حنيفة وأبو يوسف « لا يخل لأحد أن يقول بقولنا حتى يعلم من أين قلنا ». وقال مالك « إنما أنا بشر أخطئ وأصيب فانظروا في رأيي كل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به وما لم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه » ولهذا نهى أبا حنيفة المنصور والرشيد عن أن يحملوا الناس على المذهب المالكي .

اعرِد بعد ذلك إلى شروط الاجتهاد فاقول إن علماء الأصول قد حرت عاداتهم ، ان يتكلموا عن شروط الاجتهاد عند الكلام على الاجتهاد الفقهي . ولكني أرى أن شروط الاجتهاد شروط عامة لابد أن تتوفر فيمن يتعرض للاجتهاد أيا كانت صورة الاجتهاد الذي يمارس — أي سواء أكان اجتهادا فقهيًا أم سلطانيا أم قضائيا ، وإن صح أن تصاف إليها شروط أخرى بالنسبة لكل صورة على حدة . ولذا فإنني أوحز فيما يلي الشروط العامة المشتركة للاجتهاد وأتقى الكلام عن الشروط الإضافية الخاصة بكل صورة من صور الاجتهاد عند الكلام على تلك الصور منفردة .

شروط الاجتهاد :

لما كان الاجتهاد فقها هو أن يبذل الفقيه غاية طاقته ويستقصى وسعه في استخراج الأحكام الشرعية من أدلتها ، وإن كان لا يشترط لتوافر الاجتهاد أن يدرك المجتهد الحق أو أن يتصل إلى نتيجة مادام أنه بذل غاية جهده . والمجتهدون فئتان رئيستان ، وفي كل فئة مراتب . أما الفئة الأولى فهم المجتهدون المستقلون ، وهم أصحاب الاجتهاد الأصيل فهم لا يتبنون رأيا إلا بما يستبطلون ولا ينتسبون لفقيه وإنما لما يرتأون ، مثل أئمة المذاهب الأربعة .

ولما كان هؤلاء لا يصلون إلى هذه المربة إلا إذا بلغوا درجة فقهية لا يصل إليها إلا من أحاط علما بالأصول والمقاصد وتوفرت لديهم ملكة فقهية ينفذون بها في كل مسائل الشريعة فإنه يشترط في هؤلاء شروط هي :

أ - العلم باللغة العربية :

وقد حدد الغزالي القدر الذي يجب معرفته من العربية فقال « إنه القدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال حتى غير صريح الكلام وظاهره ومجمله وعامه وخاصه ومحكمه ومتشابهه ومطلقه ومقيده ونصه وفحواده ، هذا لا يجعل إلا لمن بلغ في اللغة العربية درجة الاجتهاد . أى أن الغزالي يشترط في المجتهد المستقل أن يكون بحرا في اللغة عالما بدقائقها وذلك أمر يتعذر إن لم يستحل محله إذ ليس بمقدور المجتهد أن يستوعب كل مفردات اللغة وأساليبها . وإنما تكون قدرة المجتهد على قدر فهمه لأسرار اللسان العربى : ولذا فإن الشاطبى يرتب المجتهدين نحسب قدرتهم على فهم الكلام فيقول « وإذا فرضا مبتدئا في فهم العربية فهو مبتدىء في الشريعة ، أو متوسط فهو متوسط في فهم الشريعة ، والمتوسط لم يبلغ درجة النهاية ، فإذا انتهى إلى الغاية في العربية كان كذلك في الشريعة فكان فهمه حجة ، كما كان فهم الصحابة وغيرهم من الفصحاء اللذين فهموا القرآن حجة ، ولو كان قوله مقبولا » . وقول الشاطبى - ومن على شاكلته - قول لا تنقصه الوجاهة ولكنه ينبعث عن فكر يحصر الاجتهاد في محيط الوطن العربى ولذا فإننا يجب أن نأخذ برحلة صدر ومرونة فكر لأن عدد المسلمين الذين لا يتكلمون العربية اليوم أضعاف عدد من يتكلم منهم العربية . حقيقى ان اللسان العربى لسان مبین ولسان اولئك اعجمى ولكن هؤلاء لهم مصالحهم المرسلة وما يستحسنون ولا بد ان يكون لفقهاءهم مجال في الاجتهاد لا يصادر ووضع لا ينكر .

ب - العلم بالقرآن الكريم ودقائق آيات الاحكام :

ولذا يشترط الشافعى وأكثر أهل العلم أن يحفظ المجتهد القرآن كله حتى يضبط معانيه . ولكن هذا الاشتراط فيه بعض المبالغة ، ذلك أن المجتهد تتوفر له

القدرة على الاجتهاد إذا ما أدام النظر في القرآن ولو لم يحفظه . ومن ثم فانه يكفى — فى رأى الذى اركبه — أن يكون المجتهد عارفا بمواقع القرآن حتى يرجع إليه عند الحاجة ، وإن كان الأفضل — بلا مرأى — أن يكون المجتهد حافظا للقرآن كله .

٣ — العلم بالحديث (بالسنة) :

يشترط علماء الأصول فى المجتهد أن يكون عالما بالسنة سواء أكانت قولية أم فعلية أم تقريرية وأن يكون على بينة بأحكام الأحاديث ومتعمقا فى دراستها . ولما كانت السنة التى يجب ان يكون المجتهد على علم بها هى السنة التى تتعلق بالأحكام ، فإنى اسميتها بالحديث ذلك أن قول الرسول ﷺ أو فعله أو تقريره لا يصبح حكما إلا إذا اقترن بكلام صدر عنه ، وعدئذ يكون القول هو النص فى الحكم . ولذا قلت إن العلم هو العلم بالحديث وليس بالسنة ، والامر لا يحتاج إلى مزيد بيان بالنسبة للسنة القولية فالسنة القولية هى الحديث عند الفقهاء أما بالنسبة للسنة الفعلية فإن مجرد فعل الرسول لشيء لا يعنى حكما فيه ، فلو أن الرسول مثلا تطيب ولم يقل للناس تطيبوا فإن التطيب يصبح من قبيل الأسوة الحسنة بالرسول وليس حكما فى امر الناس بالنسبة للتطيب ، كذلك الامر بالنسبة للسنة التقريرية فلو أن الرسول مثلا رأى قوما يأكلون طعاما معينا فسكت فإن سكوته لا يعتبر حكما فى أكل هذا الطعام لأن السكوت يحتمل أكثر من معنى فلعله إجازة لأكل ذلك الطعام فى الظروف التى نستهد بها ولعله إجازة لأكل هذا الطعام عموما ولعله لم يشأ أن يصدر حكما حتى يأتية وحى فى الأمر ، وهكذا . ولعل الخلاف بينى وبين الفقهاء فى هذه النقطة مرجعه إلى المعنى المقصود من لفظة « حكم » ، ذلك أننى أفهم الحكم والأحكام فى العلاقات القانونية على أنها المقتضى اللازم .

وقد اختلف الفقهاء فى القدر الذى يجب أن يعيه المجتهد من تلك السنة فذهب بعضهم إلى أن ذلك يقدر بثلاثة آلاف حديث . وقال آخرون إن الأصول التى يدور عليها العلم عن الرسول ﷺ هى ألف ومائتان ، ويرى ابن

القيم ألب الأصول التي تدور عليها الأحكام خمسمائة حديث رعى منفصلة في أربعة آلاف حديث . وبدهى أن علم المجتهد بأخذ الحديث كلما اتسع كلما أمن الرئال وه يترد في القياس في مورد النصوص ، وهكذا أخذ أن الفقهاء عندما يتكلمون عن العلم بالسنة إنما يقصدون الحديث كما أسلفت . ومن هنا كان شرطهم في العلم بالسنة وإنما يتوفر عن طريق العلم بعدد معين من الأحاديث وليس بالوقائع التي حصل فيها فعل أو تقرير دون حديث .

والذي ألاحظه على الفقهاء أنهم يشترطون العلم بالسنة القولية والتعليلية والتقريرية ولكهم يحددون المقدار المطلوب بعدد من السنة القولية فحسب وهو الحديث . وأحق أنى أرى أن السنة التقريرية والتعليلية إذا لم تقترب حديث عن الرسول ﷺ فهي لا تكون من قيل الأحكام الملزمة وإنما تتخذ على سبيل الاستدعاء واستكمال الشخصية الإسلامية التوجيهية .

٤ - معرفة القياس :

وذلك أمر يهتم به من يقولون - مثل الشافعى - إن الاجتهاد من العلم بأوجه القياس وطرائقه ، ولكى سقى أن قدمت أن الاجتهاد هو الدليل والقياس هو الأسلوب وأن للاجتهاد أساليب أخرى إلى جانب القياس وكما في أساليب يعى أن يكون المجتهد على علم بها .

ولذا فإن معرفة القياس إنما تخدم المجتهد في جزء من اجتهاده فحسب . ويقتضى منهج القياس السليم عند الشافعى العلم بأمور ثلاثة :

(١) الأصول من النصوص التي تبنى عليها والعلل التي قامت عليها أحكام تلك النصوص .

(٢) قوانين القياس وضوابطه .

(٣) المناهج التي سلكها السلف الصالح في التعرف على علل الأحكام .

٥ - فهم مقاصد الشريعة :

وذلك الشرط في نظرى يغنى عن الشرط السابق - معرفة القياس - لأن

القياس — من حيث يعرف — هو وسيلة يتمنطق بها المجتهد لاستخراج الأحكام . وإذن فالقياس ومعرفة مقاصد الشريعة هما أداتان متكاملتان يستعين بهما المجتهد في تقصيه للأحكام من القرآن واحديث .

ومقاصد الشريعة السمحاء هي أساسا الرحمة بالعباد الأمر الذي اقتضى أن تقوم الحنيفية على التراحم . بيد أن الرحمة يجب ألا يساء فهمها لأن الشريعة الإسلامية ليست شريعة المثالية في الحياة الدنيا وإنما هي شريعة الواقعية .

وجلى أن شروط الاجتهاد فيها تشدد يجعل من الصعب أن تتوفر جميعها في شخص ما « فإن قيل هذه شروط لا تجتمع فكيف يجوز اشتراطها ؟ قلنا : ليس من شرطه أن يكون محيطا بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها وإنما يحتاج إلى أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ، ولا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا . وحكى أن مالكا سئل عن أربعين مسألة فقال في ست وثلاثين منها : لا أدري ولم يخرج ذلك عن كونه مجتهدا » (نقلا عن أنى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة — المغنى ، الجزء العاشر ، القاهرة ، ص ٣٩ ، تحقيق الشيخ محمود عبد الوهاب فايد) .

والنئة الثانية هم المجتهدون الذين يعتمدون في اجتهادهم على اجتهاد غيرهم ، أى أهم أصحاب اجتهاد غير مستقل ، وهؤلاء ثلاث مراتب :

أ — المجتهدون المتسبون :

وهم الذين اختاروا قول إمامهم في الأصل وخالفوه في الفرع وإن انتهوا إلى آراء تقارب في عمومها ما وصل إليه الإمام .

والمجتهد المنتسب ليس مقلدا لإمامه وإن سلك مسلكه واستعان بمنطقه في تتبع الأدلة . وفتواه كفتوى إمامه في العمل بها .

ب — المجتهدون في المذهب :

وهم يتبعون إمامهم فيما انتهى إليه من اجتهاد في الأصول والفروع

واجتهادهم إنما يكون استنباط الأحكام في الأمور التي لم يرد رأى للإمام فيها .
وقد يختلف هؤلاء مع سابقهم في بعض فروع المذهب لاختلاف العرف
الذي نيت عليه أحكام تلك الفروع . ولكنه اختلاف زمان لا اختلاف دليل
وبرهان .

ج - المجتهدون المرجحون :

وحده هؤلاء هو الترجيح بين الآراء المروية بوسائل الترجيح التي ضبطها
لهم علماء الطبقات السابقة . والحق أن جهد الترجيح هذا لا يقل خطورة عن
استنباط أحكام الفروع التي لم يرد عن الأمام فيها رأى ولذا يذكرهم بعض
العلماء - مثل النووي - في طقة واحدة مع المجتهدين في المذهب .

ويذهب علماء الأصول إلى أنه لا يشترط في هؤلاء المجتهدين ماوردته من
شروط في المجتهدين المستقلين إنما يكفي في هؤلاء المجتهدين معرفة مايتعلق
بالحكم الذي يجتهدون فيه دون غيره . وأرى أن الشروط العامة للاجتهاد لارمة
في كافة طبقات وفئات المجتهدين مادام أن جهد المجتهد - مستقلا كان أم غير
مستقل - يتصرف إلى أحكام الشريعة في عمومها ولاينحصر في باب دون
باب . غير أني لا أنظر إليها بالشوت الذي يتطله بعض المترمين لأن مثل هذا
الترمت هو في تقديرى قفل - بطريقة غير مباشرة - لباب الاجتهاد ولو أننا
طبقتاه بخذافيره لسقط وصف المجتهد عن بعض الأئمة . فهذا ابو حنيفة لم تكن
مدرسته على علم كاف بالحديث ولذا سميت « مدرسة اصحاب الرأى » .
ولعل هذا هو الذي دفع بعض علماء الأصول إلى التواضع في هذا الشرط
فاكتفوا بأحاديث الأصول وعددها خمسمائة حديث . كما أن فهم مقاصد
الشريعة على يقين هو في علم الله وبيانها من أمره « ثم إن علينا بيانه »
ولا أحسب أن من البشر من يستطيع أن يلهم بالقرآن لعة وتفسيرا وتنزيلا معا ،
وهكذا .

ولكن السؤال الجدير بالبحث هو : هل يجوز تجزئة الاجتهاد بمعنى هل يجوز

أن يعتمد اجتهاد من يصرف نفسه إلى دراسة باب بعينه من أبواب الشريعة أو مسألة من مسائلها وحسب ؟

يرى بعض العلماء أن الاجتهاد لا يتحرراً لأن الشريعة متصلة بالأحرار فلا يجتهد فيها إلا من يخطط بكلها ولا يجوز أن يكون الفقيه في آن واحد مجتهداً في شطر من الشريعة ومقلداً في شطر آخر لأن الاجتهاد والتقليد معنيان متضادان فلا يجتمعان في شخص واحد . وذهب آخرون — ومنهم الظاهرية وبعض المالكية — إلى جوار تجزئة الاجتهاد ، فإذا كان الشخص قد علم دليل مسألة من المسائل صح له أن يجهد فيها دون غيرها ، وهذا من رأي الذي أرحته لأن العلم بجميع الأحكام يكاد يكون متعذراً .

لقد كان مقبولاً من قرون مضت — وقت أن كانت المعرفة الإنسانية يتركز أن يدرسها سمر واحد — أن يشترط في المجتهد علماً مستغرقاً لكافة أبواب الشريعة ومسائلها ولكن الأمر عدا اليوم على غير ما كان عليه من قبل . لقد كان الطبيب إلى وقت قريب باطياً وجراحاً ومولداً ثم راح التخصص — إزاء اتساع نطاق المعرفة — يفرض ذاته على الدارسين حتى أن الطبيب يتخصص أيزم في جزئية من جزئيات فرع دراسته كجزء من القلب فحسب في فرع الطب الباطني مثلاً ، وكذلك الأمر في باقي نواحي المعرفة الأخرى . إن آفة الفتوى اليوم هي أن بعض فقهاء الشريعة لارالوا يفكرون بعقلية القرون السالفة ويحسبون أنفسهم مؤهلين للافتاء في كل ما يعرض للمسلمين اليوم من مشكلات علمية وفنية واجتماعية واقتصادية وقانونية . فالواحد من هؤلاء يتعرض للافتاء مثلاً فيما إذا كانت الحقة أم قنطرة العين تفطر الصائم أم لا وهل تعتبر فوائد الودائع ربا وهكذا يسمح لنفسه بأن يشتغل في الطب والاقتصاد وكافة نواحي المعرفة الأخرى وهو لم يدرس أصول الطب ونظريات الاقتصاد وما إلى ذلك . وكأنه قد ألم بالعلم من كل أطرافه دون أن يكلف نفسه حتى عناء سؤال المتخصصين في الطب أو الاقتصاد كي يسي فتواه على أساس سليم وينسى أن الله منع المسلم من أن يرشد الناس. فيما لا علم له به « ولا تقف

ماليس لك به علم . فلا غرو ان يجيب الامام مالك وفي عصر لم تكن قد
تعتقد فيه ظروف الحياة على نحو ما وصلت اليه الآن — فيما ينوف عن ست
وثلاثين مسألة بقوله « لا أدري » ، وما ذلك إلا لعدم علمه بالدليل . ولكن
هذا أمر يكبر على نفس بعض من يتصدون للفتوى من المعاصرين . ومن قال
لا أدري فقد أفتى . أما القول بأن الاجتهاد والتقليد ضدان فلا يجتمعان في
شخص واحد ففيه بعض القصور لأن الأمرين لا يتضادان إلا إذا اجتمعا في
مسألة واحدة وليس هذا هو الغرض هنا فاجتهد مجتهد في نطاق اجتهاده وليس
مقلدا كما أن الطبيب في مجال تخصصه استاذ ولكنه يتابع رأى غيره من الاطباء
فيما خرج عن تخصصه . فإن صحح — وهو عندي صحيح — أن المجتهد
لا يلزم أن يكون مطلق الاجتهاد وإنما يجوز أن يقتصر اجتهاده على باب من
ابواب الشريعة أو على مسألة من مسائلها دون غيرها فان ما يشترط في هذا
الاجتهاد الجزئي هو معرفة بالأحكام التي تتعلق بدائرة اجتهاده المحددة .

أما وقضية تجزئة الاجتهاد قضية رابحة في النظرية الإسلامية فإنه يكفى
لدراسة القانون الدولي الإسلامى أن يكون المجتهد عارفا بأدلة القانون الدولي
الإسلامى ليحق له بذلك أن يطرق باب الاجتهاد فيه وأن يدلى دلوه في
مشكلاته . ومن هذا المنطلق شخصت إلى دراسة قانون السلام في الإسلام —
وعدتى إيمان من الله وصدق في العزيمة وسلكت نفسى — بعون الله وتوفيقه —
في مجال الاجتهاد الفقهي الواجب وأنا على علم يقين بوعورة الدرب الذى أخط
فيه علامة البداية وعمق البحر الذى أنخر عبابه ويكفينى جهد السبق ويغنينى
ابتغاء الحق (أن اريد إلا الإصلاح ما استطعت وما توفيقى إلا بالله) .

وإني إذ أسعى لأحر المجتهد ولو أخطأ إنما تحذونى في مناقشة رأى مخالف
اجتهاده مجتهد آخر قناعة بأن الراى بالرأى والحجة بالحجة والاجتهاد مشترك .
وتبعا فإن رأى المجتهدين الآخرين لا يقيدنى كما أن رأى لا يقيدهم . والقاعدة
أنه لا يصح أن ينقض مجتهد حكم آخر مخالف له إلا إذا كان الاجتهاد المخالف
يعارض نصا قطعيا . ذلك أن أحد الاجتهادين — في غير هذا الفرض — ليس

أولى بالصواب من الآخر ونقص أيهما بالآخر فتح لباب الفوضى . وأسوق مثلاً
لذلك قصة عمر بن الخطاب عندما سأل رجلاً عما صنعه في مسألة كانت
معروضة للرأي فقال الرجل : قصي على وزيد بكدا . فأجاب عمر لو كنت أنا
لقصيت بكدا فقال الرجل : وما بمعك والأمر اليك ؟ فقال عمر لو كنت
أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه عليه الصلاة والسلام لفعلت . ولكني
أردك إلى الرأي وهو مستترك . وإذن فلم ينقص عمر ما قال به على ولا ريد لأن
قرضاً لا يخالف نصاً قطعاً . ومن هنا كانت القاعدة الأصولية أن كل قضاء
فصل مجتهد فيه يرفع الخلاف في الجريئة التي حكم فيها ، أو على حسب حد
التميز الحديث يحوز حجة الشيء المتضمن فيه في نطاق سافصل فيه من خلاف .

والاجتهاد واجب ولكنه قد يكون عيباً وقد يكون كفاً وقد يكون
مندوباً ويكون الاجتهاد واجباً عيباً في حالتين :

- (١) أن تقع حادثة ويتعين الاجتهاد لبيان حكمها وإلا فات الوقت إن لم يجتهد
ليبان ذلك الحكم .
- (٢) أن تسأل بالاجتهاد نازلة ويريد الوقوف على حكمها فإن انتهى إلى رأي فيها
لزمه اتباعه ولا يتركه بقول أحد غيره لأن قول الغير يبنى كذلك على
الظن ولا يقبل أن يترك الرجل ظن نفسه ويتبع ظن غيره ، وحرى
بالذكر أن رأيي الاجتهاد هذا لا يلزم سواه .

وأما الواجب الكفائي فيتحقق في مسألتين :

- (١) إذا سأل سائل عن حكم حادثة نزلت فيكون على أحد المجتهدين أن
يجيبه ويكون بهذا الوجوب كفاً لأن المجتهدين إذا نكلوا عن الفتوى
جميعاً أثموا .
- (٢) إذا كان الاختصاص في القضاء لأكثر من قاض فأبهم يتعرض للقضاء
يسقط الالتزام عن الباقيين .

ويكون الاجتهاد مدونا في حالتين :

(١) في أمر لم يتبع سواء سئل اجتهد أم لم يسأل

(٢) إذا طلست الفتوى في مسألة نظرية لما تقع .

اغلاق باب الاجتهاد :

تكلم بعض العلماء المتأخرين عن اغلاق باب الاجتهاد المستقل وقرروا أن عصره قد انتهى بانهاء القرن الثالث المحرى . ولا أريد أن أطيل في مناقشة هذا الرأي فللفقهاء فيه قول يطول ولكل مذهب في الاجتهاد رأى . ولكى أقول إن قفل باب الاجتهاد عند من نادوا به — إنما كان مخرجا ارتاده اصحابه بعد ان عمت الفوضى وادعاء من ليس أهلا له فكثرت الأقوال المتحرفة وشاعت الفتاوى الزائفة فرأى — من باب سد الدرائع ، وهو أصل شرعى — أن يقفل باب الاجتهاد . ولكن هذا القصد الحسن وتلك الية النيلة لا تعنى أن يحرم الإسلام من جهد اجتهدين الأعلام إذا ما حطيت الأمة الإسلامية أو جماعة منها بأحد سبهم ، فتلك بلا شك هى الطريقة القديمة ، ليسع اجتهد سور علمه وينفذ بعميق فهمه فيمحو الشك ويزيل الانحراف ويحدد علامات الدروب المستقيم . وهنا أمثل بقول الشيخ محمد ابو رهرة رحمه الله — إذ يقول : « ولا يعرف احدا يسوع له ان يعلق بابا فتحه الله تعالى للعقول » فان قال ذلك فمن اى دليل أخذ ؟ ولماذا يحرم على غيره ما أباحه لنفسه ، وإن ذلك التعليق قد أعدهم عن المصادر الإسلامية الاولى ، فأبعدهم عن الكتاب والسنة وعن آثار السلف الصالح حتى لقد ساء لبعض من افراطوا في التقليد ان يقرروا ان دراسة تفسير القرآن الكريم والحديث لا داعى لخما بعد ان اغلق باب الاجتهاد ... » .

وإني لأطرح سؤالا لم أجده عليه جوابا يشفى الغلة : من الذى قرر قفل باب الاجتهاد ؟ أهم محتهدون يحق لهم الاجتهاد وإذن فلم يقرروا لأنفسهم أن يكونوا آخر من يجتهد ؟ أم هم محتهدون آسوا في أنفسهم صغفا فحسبوا أن أمر الامة قد صار إلى ماصاروا عليه فعاقبوا أنفسهم وعاقبوا الامة معهم بهذا الاعلاق .

وهل يمكن لمثل هؤلاء أن يدعوا في صغفهم وصاية على مصالح الأمة وقيامها على فكرها . إن أحدا لم يقل لنا مع مر كان مفتاح الاجتهاد وكيف وبأذن من أعلقه . إنها دعوى تطرح فيأخذها الناس قضية مسلمة حتى اصسحت عقيدة راسحة .

تدوين الفقه الاجتهادى :

ظهرت على مر الأيام ضرورة التدوين ومرت بمراحل عديدة أجملها فيما يلي :

أولا : مرحلة تبني المذهب الرسمي وقد بدأت هذه المرحلة بمحاولة غير موفقة قام بها عبد الله بن المقفع في تقرير قدم إلى أبي جعفر المنصور بعنوان « رسالة الصحابة في طاعة السلطان » . وقد جاء في تلك الرسالة قوله « وما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين القطرين وغيرهما من الأمصار والواحي اختلاف هذه الاحكام المتناقضة التي بلع اختلافها امرا عظيما » . فلو رأى أمير المؤمنين ان يأمر بهذه القضية والسير المختلفة ، فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتاج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وكتب بذلك كتابا جامعا عرما ، لرجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلفة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا » . وقد تعرض الفقهاء وعلماء الأصول لمسألة تبني المذهب الرسمي الواحد بمناسبة تولية القضاء بشرط الحكم بمذهب معين فقال البعض بأن التولية باطلة وقال آخرون بأنها صحيحة ولكن الشرط باطل . ولكن الواقع أثبت هذا التبنى ثم رأى الخليفة العثماني أن يثبت هذا الواقع بصورة رسمية وكان ذلك في خلافة السلطان سليم الأول في بداية القرن السادس عشر إذا اعتمد المذهب الحنفى ونشره بصورة رسمية .

ثانيا : الجمع الاختيارى لأحكام المذاهب ، فقد رأى أولو الأمر أن من المنيد أن تجمع أحكام المذهب الرسمي أو الشائع جمعا اختياريا تسهيلا لفهمها على الطلاب من القضاء والعلماء والدراسين . ومن اهتم بهذا الجمع السلطان سليمان الأول فقد كلف شيخ الإسلام أبا السعود بجمع القوانين التي اصدرها

فرتها في مجموعة عرفت باسم « قانون نامة » . ومن ذلك ايضا مجموعة « الفتاوى الخدية » وهي من المراجع المشهورة والمعتمدة في الفقه الحنفي . واتجلة الهندية التي دورها قدرى ناسا باسم « مرشد الخيران لمعرفة أحوال الاسان » . وهي على عرار مجلة الأحكام العدلية العثمانية .

ثالثا : صياغة الأحكام الشرعية بصورة الزامية في شكل مواد متسلسلة على نمط القوانين الغربية بما يسمى بالتدوين . وهذا ما فعلته الدولة العثمانية بتدوينها القانون المدنى المعروف بمجلة الأحكام العدلية . وطبقت المحلة في تركيا والبلاد التابعة لها باستثناء الخريز العربية ومصر

رابعا : الاختيار في المذاهب المختلفة وقد سارت على هذا النهج الدولة العثمانية والبلاد العربية في القوانين التي سنتها لمسائل الأحوال الشخصية وبعض المسائل الأخرى المأخوذة عن الشريعة الإسلامية . إن ولى الأمر في هذه المرحلة لم يتقيد بمذهب رسمى واحد بل يختار من المذاهب جميعا مع اعتماد مذهب واحد يرجع إليه عند عدم النص المخالف .

خامسا : الاقتباس من القوانين العصرية الغربية دون التقيد بما حاء في الفقه الإسلامى ومن الأمثلة على ذلك القوانين التي نقلتها مصر عن القوانين الفرنسية سنة ١٨٧٥ لتطبق لدى المحاكم المختلطة وكثير من القوانين المصرية المعمول بها حاليا . وبعض هذه القوانين الحديثة لا تغاير روح الشرع الإسلامى ومبادئه . ولذلك يكاد يمحصر اختصاص الفقه الإسلامى في معظم البلاد العربية بالأحوال الشخصية . ولكنه اتجاه يجب أن يؤخذ بكثير من الحذر الأمر الذى يعين عليه في مصر مثلا — أن الدستور — قد جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الاساسى للتوانين .

دورة خاصة من الاجتهاد : (اجتهاد الصحابي) :

إن الكلام عن الاجتهاد وشروطه يسوقى إلى الكلام عن صورة خاصة من الاجتهاد وهي اجتهاد الصحابة : ذلك أن اجتهاد الصحابي هو من بين المراتب التي يطرقها علم الأصول في باب الاجتهاد . والذي يهمني هنا هو ما إذا كان اجتهاد الصحابي يتميز عن غيره من صور الاجتهاد وهل له ما ينفرد بها عن غيره من اجتهاد المجتهدين اللاحقين أم أن اجتهاد هو اجتهاد فقهي يختص لما يختص له اجتهاد المجتهدين الآخرين من قيود . ويقوم بما يقوم به الاجتهاد عموما من معايير .

إن الفقهاء إن التحابة هم أقدر الناس على تفهيم مناصد الشريعة . ثم يجراد الرسول ﷺ لتربيتهم منه : معاشتهم لوقائع التنزيل . ولذا فإن الفقهاء على الأخذ بأقوال الصحابة واعتماد فتاويهم . ولم يخرج عن ذلك قلة — منهم العراقي والآمدي والشوكاني — فذهبوا إلى أن اجتهاد سائر ليس حجة بذاته ويستدلون على ذلك بأن الصحابة أنفسهم اتفقوا سوا أن يخالف أحدهم الآخرين في الاجتهاد . ومن ثم فإن قول الصحابي نوع من أنواع الاستدلال على مفاهيم القرآن والحديث شأنه شأن قول المجتهدين الآخرين ، وقد ثبت عند جميع الائمة أنهم عملوا أحيانا بخلاف فتوى الصحابي . عندما اطمأنوا إلى وجود حكم مخالف في الكتاب أو الحديث .

والقول عندى — مع اقرارى بجلال قدر الصحابة وسبقتهم في الإسلام — أن اجتهاد الصحابي لا يعدو أن يكون صورة من صور الاجتهاد الفقهي وإذا ما يجوز عليه مايجوز على الاجتهاد الفقهي عموما من أحكام . ولعل ما لاجتهاد الصحابي من تميز هو أن مصاحبه للرسول وموافقته للتنزيل قد تكون سببا من أسباب ترجيح رأى أو الفتوى ولكن الصحبة والمشااهدة لا تكفى بذاتها لكى

يكون قول المصاحب المشاهد حجة لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها
إذ لو صح هذا المذهب ومجرد صحبته للرسول لا تكفى بذاتها لتجعل من رأى
الصحابي حجة بالغة يعتمدها دون نقاش أو جدل . فإننا لا نستطيع أن نقول
إن هالك صحابيا — حتى الرواة والمحدثين بينهم — قد صاحب الرسول
مصاحبة دؤوبة فلم يتخلف عن مجلسه مرة ولم يغيب عن ملازمته فترة ، ثم إنه
مامن صحابي يستطيع أن يقول إنه قد علم بكل ما قاله الرسول وصدر عنه .
وتبعا فإن اجتهاد الصحابي هو اجتهاد في حدود ما عرف وما علم ، وما عرف
وما علم لا يستغرق كل أحكام شريعة الله ولا يحيط بكافة مبادئها وإلا لما كان
عمر مثلا على عظم قدره وطول ملازمته للرسول في حاجة إلى أن يستعين
بالصحابة وفي مقدمتهم على بن ابى طالب بحثا عن حديث شريف واستقصاء
لتوجيه نبوى كريم لا يكون هو قد علم به . وكيف نضفى على اجتهاد
الصحابي قدسية لم يضيفها القرآن على اجتهاد سيد البشر واستاذ الشريعة سيدنا
محمد بن عبد الله فنقول إن اجتهاد الصحابي هو حجة مسندة وفتوى محكمة .

إن التاريخ الإسلامى يعرف صحابة كانت مواقفهم وفتاواهم بعد وفاة
الرسول محل نظر مثل عمرو بن العاص ومعاوية بن ابى سفيان في سعيهم نحو
تثبيت الحكم لبنى أمية ، والبعض يتهم معاوية بأنه من الوضاعين في الحديث .
هل يمكن مثلا أن نعتمد على تصرف أولئك الذين مجاهدوا عليا في خلافته
وحاربوه بعد ولايته — في معركة الجمل ونتخذ من آرائهم ومنطلقاتهم سنداً
لنا في الفتوى ؟ إننى أمسك القلم عن تقويم ما حدث ولكى أقول إن مآثر من
نقاش حول ما حدث يجعلنا نتوقف بل ونمتنع عن تقويم اجتهاد وفتاوى بعض
الصحابة . ويبدو أن المتحمسين لاجتهاد الصحابي يتعلقون بأهداب حديث
يقول « أصحابى كالنجوم الزاهرة بأبيهم اقتديتم واهتديتم » والحديث فيما قرأت
حديث ضعيف . فهل نقتدى بعمرو بن العاص مثلا عندما غض البصر عن
فعلته ابنه وقد اعتدى بالضرب على أحد المواطنين تعاليا وكبرا أم نقتدى في

الزواج بما فعله خالد بن الوليد عندما تزوج بأرملة مالك بعد أن قتله وقد عاب عليه عمر ذلك .

ثم ماذا نفعل إذا تعدد اجتهاد الصحابة في المسألة الواحدة : بأيهم نقتدى لنهتدى ، وأضرب مثلاً لذلك بأرض السواد فقد اختلف الصحابة حول اقتسامها فمنهم من قال بذلك ومنهم من قال غير ذلك ، وكان لعمر رأى هو الذى ساد وهو صاحب السلطان .

حاشا لله أن اكون قد ابتغيت من وراء مناقشتى لاجتهاد الصحابي أن أنال من مكانة الصحابة رضوان الله عليهم ومأردت إلا أن اذكر بأنهم بشر غير معصومين وأن اجتهادهم كاجتهاد غيرهم تجوز عليه الصحة كما يجوز عليه الخطأ فما اشهدهم الله خلق السموات والارض وماكانوا لحكمه بعالمين . أما الاقتداء بهم دون قيد أو شرط كما يستفاد من الحديث الضعيف السالف فيعارض في نظرى ما جاء في القرآن الكريم من أن هذا الاقتداء لا يكون الا بالرسول ﷺ فان الله تعالى أرشدنا إلى انه هو الاسوة الحسنة .

والحق أننى أعجب من موقف الأصوليين من حرية الرأى وهى من مفاخر الحنيفية السمحاء — إنهم يتسابقون للحد من تلك الحرية وتكيلها بالأغلال على نحو تتأباه الفطرة وتعافه السليقة . فهم تارة يقولون إن الإجماع — ومأدراك بالإجماع — حجة تلزم الأجيال من بعده وتغلق الأفهام إثر صدوره ، وتارة يذهبون إلى أن قول الصحابي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه فهو إن قال قطع وإن افترى منع ، وثالثة يدعون أن باب الاجتهاد قد قفل ولارال جمهورهم يوصد هذا الباب دون الانفتاح على الرغم من فوات أكثر من عشرة قرون . ويطول بي الحديث لو أردت أن أعدد مغاليق حرية الرأى التى يتشدد بها بعض الأصوليين ثم يتعالون فى إرهابهم الفكرى إلى حد تكفير من يخالفهم القول أو يناحرهم الحق . ولكن جماع هذه المخادير ينتهى

في واقعه إلى مصادرة حرية الرأي إلى حد بعيد والتضييق من مجال إعمالها على
نحو غير سديد . إنني لا أنشد ترك الحبل على الغارب ولكني أرى ان ش
شروط المجتهد — كي يسمح له بالاجتهاد — غناء يضمن ألا ينزل الحلبة إلا
فرسانها ولا يتصدى للقرن إلا صنديده .

الفرع الثاني

فى

الاجتهاد القضائى (القضاء فى الإسلام)

تعريف وتحديد .

القضاء لغة هو الحكم . قال أبو بكر قال أهل الحجاز القاضى معادى فى اللغة التاطع للأمور انحكم فيها والقضايا هى الأحكام وواحدها قضية . وقال الزهرى القضاء فى اللغة على وحوه مرجعها إلى انقطاع الشئ وتماه وكل ما أنحكم عمله أو أدى أو أفضى .

والقضاء اصطلاحاً اخبار نحكم على سبيل الإلزام . وقد اختلف الفقهاء فى معناه الاصطلاحى فهو عند الحنفية قول ملزم يصدر عن ولاية عامة ، وذهب الشافعية إلى أنه الإلزام من له ولاية الإلزام بنحكم الشرع فى الوقائع الخاصة ، ويرى الحنابلة أنه فصل فى الخصومات . ويقول الدردير المالكي إنه حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكم بذلك المقتضى . وقد وردت لمظة القضاء فى القرآن فى عدة معان . فهى قد تعنى امضاء الأمر واحكامه كقوله تعالى « وإذا قضى أمراً فإنما يقول له كن فيكون » (البقرة / ١١٧) . وقد تعنى الأداء والانهاء كما فى قوله عز وجل « ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم » (الحج / ٢٩) . وقد تدل على الصنع والتقدير والحلق كما فى الآية الكريمة « هو الذى خلقكم من طين ثم قضى اجلا » (الأنعام / ٣) ، وقد تميد الحكم والجزم كقوله سبحانه « وقضينا إلى بنى اسرائيل فى الكتاب لتمسدن فى الأرض مرتين » (الاسراء / ٤) .

وقد حفلت الأحاديث بلمظة القضاء كقوله ﷺ : القضاء ثلاثة (اثنان فى النار وواحد فى الجنة) وكقوله : إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فلا يجلس أحد الخصمين مجلساً لا يجلسه صاحبه . وقد عرف العرب نظام القضاء أخذاً من

النظم البيزنطية والفارسية لأنه لم يكن معروفا لديهم قبل فتح تلك البلاد .
والذى كان معروفا لديهم هو التحكيم فى كل قضية بقضيتها . وقد مارس
الرسول ﷺ والخلفاء الراشدون من بعده وظيفة القضاء . وكثيرا ما كان
يمارس فى المسجد . وكان القاضي محمد بن مسروق أول من نظر نزاع الذميين
داخل المسجد .

وقد كره العلماء للقاضى أن يفتى فى مجلس القضاء لئلا يلتبس الأمر على
العوام . ذلك أن الفتوى لا إلزام فيها على خلاف حكم القاضى .
القضاء كدليل على الأحكام :

إن المستقرى لتاريخ القضاء فى الدولة الإسلامية لابد أن يلحظ أن الشريعة
الإسلامية كانت هى القانون الذى يلتزم به القاضى فى كافة مايعرض عليه من
قضايا بغض النظر عن موضوع القضية أو أطراف القضية . وثبتت سجلات
القاضى التى تحتفظ بها الدول الإسلامية تلك الحقيقة على سبيل اليقين حتى أن
غير المسلمين من النصارى واليهود يدرسون الفقه الإسلامى ويؤلفون فيه مثل :
سليم البار شارح مجلة الأحكام العدلية وغيره ممن ألفوا فى الفقه الإسلامى فى
العصور المتأخرة ، وأما ما أدخل من القوانين فى الدولة العثمانية فإنه أدخل بناء
على فتوى العلماء بأنها لا تخالف الإسلام . وهكذا أدخل قانون الخزاء العثمانى
سنة ١٢٧٥ هـ الموافق ١٨٥٧ م . وأدخل قانون الحقوق والتجارة سنة
١٢٧٦ هـ الموافق ١٨٥٨ م . ثم فى سنة ١٢٨٨ هـ الموافق ١٨٧٠ م جعلت
المحاكم قسمين : محاكم شرعية ومحاكم نظامية . ثم فى ١٢٩٥ هـ الموافق ١٨٧٧ م
وضعت لائحة تشكيل المحاكم النظامية ووضع قانون أصول المحاكم الحقوقية
والجزائية سنة ١٢٩٦ هـ . ولما لم يجد العلماء مايرر إدخال القانون المدنى إلى
الدولة ، وضعت المجلة قانونا للمعاملات واستبعد القانون المدنى وذلك سنة
١٢٨٦ هـ فهذه القوانين حين وضعت نالت إجازة الفقهاء لها كاحكام
شرعية . ولم توضع موضع التنفيذ إلا بعد صدور الفتوى بإجازة تطبيقها وإذن
شيخ الإسلام بها ، كما تبين من المراسيم التى صدرت بها تلك القوانين . وإن

كان الاستعمار منذ سنة ١٩١٨ م أى منذ احتلاله البلاد الإسلامية قد أخذ يفصل في الخصومات في الحقوق والجزاء على غير الشريعة الإسلامية (محمود الخالدي — نظام القضاء في الإسلام ، الاردن ١٤٠٣ ، ١٩٨٣ ص ٢٢٠٣١) ومن ثم فإن اجتهاد القاضى قام بدور كبير في تفسير وتطبيق أحكام الشريعة . والحق أن القاضى المسلم مقيد في قضائه بأحكام الحيفية السمحاء طواعية لصريح نص آيات القرآن الكريم كقوله تعالى « فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول » (النساء / ٥٩) وقوله سبحانه « وما اختلفتم فيه من شئ فحكمه إلى الله » (الشورى / ١٠) . إن الآيتين قاطعتان في أن حكم القرآن والسنة هو مرجع القضاء في قضائه ، وهو في رجوعه إلى الكتاب والحديث إنما يحتهد ليستنبط الحكم . ومن هنا كان قضاء القاضى بمثابة اجتهاد قضائى .

والقاضى المسلم مقيد بهذا الحكم سواء كان قاضيا في أمور الناس أم قاضيا في أمور الدولة — أى سواء كان قاضيا وطنيا أم قاضيا دوليا — لأن ما سدا شرع الله من قوانين وضعية هو طاغوت « يريدون أن يتحاكموا إلى الطاعوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا » (النساء / ٦٠) . ويقول ابن كثير في تفسير الآية : إن هذا انكار من الله عز وجل على من يدعى الإيمان بما أنزل الله على رسوله وعلى الانبياء الأقدمين وهو مع ذلك يريد أن يتحاكم في فصل الخصومات إلى غير كتاب الله وسنة رسوله كما ذكر في سبب نزول هذه الآية أنها في رجل من الأنصار ورجل من اليهود تخاصما ، فجعل اليهودى يقول بينى وبينك محمد . وذاك يقول بينى وبينك كعب بن الأشرف . وقيل في جماعة من المنافقين ممن أظهروا الإسلام ، أرادوا أن يتحاكموا إلى أحكام الجاهلية ، وقيل غير ذلك ، والآية أعم من ذلك كله ، فإنها دامة لمن عدلوا عن الكتاب والسنة ، وتحاكموا إلى ما سواها من الباطل وهو المراد بالطاغوت هنا (تفسير ابن كثير ص ٥١٩) ولست بحاجة هنا إلى أن اتطرق إلى بيان سند مشروعية القضاء في الإسلام لأنى اكون بمثابة من يحاول إثبات البديهيات وتبرير المسلمات فشرعية القضاء ثابتة ثبوتا قطعيا

بالقرآن والحديث وإجماع الصحابة والمختفين بما لا يحتاج إلى بيان أو تدليل .

بيد أن من الفقهاء المحدثين من يرى أن مصادر القانون الإسلامى لم تتضمن تفصيلا فى تنظيم القضاء ومن ثم فإن أصول المرافعات وآداب القاضى يمكن أن تختلف فى بعض تفاصيلها باختلاف الرمان والمكان ، وتلك دعوى لا أرى ما يعاب عليها ، فالقاضى الذى كان يجلس فى المسجد يمكن أن يجلس فى دار للقضاء — هى التى نطلق عليها اليوم المحكمة — والطرق البدائية لاستحضار الخصم يجور أن تحل محلها اجراءات ومواعيد المرافعات التى نعرفها فى رماننا هذا .

بيد أن هناك من يتعالى فيزعم أن الرسول كان مبلغا لرسالة ربه ، وأنه لا شأن له بأمر السياسة والاقتصاد والتجارة والقضاء ونظام الحكم وما شاكل ذلك . (راجع على سبيل المثال ماذهب إليه على عبد الرازق فى كتابه « الإسلام وأصول الحكم » . وقد حكم شيخ الازهر باجماع أربعة وعشرين عالما معه باخراج على عبد الرازق من زمرة العلماء وكان ذلك فى ١٢/٨/١٩٢٥) . وذلك زعم بادى الخل ، ويكفينى فى دحضه — إلى جانب ما قال به العلماء الأفاضل — ما قدمه على صفحات هذا السفر من بحث يتعلق بالإسلام كدولة ذات نشاط سياسى واقتصادى وقضائى وغير ذلك مما يدخل فى نشاط الدولة عموما .

شرط تولى القضاء :

القضاء ولاية لمتعين لها للاخبار بالحكم الشرعى على سبيل الالتزام على المتخاصمين (الخالدى — المرجع السابق ، ص ٨٩) ولذلك فهو دون مرتبة الخلافة لأن الخلافة ولاية عامة للمسلمين فى الدنيا . ويشترط فيمن يتولى القضاء شروط اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا حول البعض الآخر . وأورد هنا أهم ما يشترط فى القاضى لتولى القضاء :

أ (الإسلام :

يذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز أن يلى القضاء فى الدولة الإسلامية غير مسلم لأن القضاء ولاية ، ولم ترد فى القرآن عبارة « أولى الأمر » الا مقرونة بأن يكونوا من المسلمين . هذا فضلا على أن الله تعالى يقول « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (النساء / ١٤١) . والقضاء سبيل من سبل الولاية على المسلمين . غير أن الحنفية ذهبوا إلى جوار أن يكون القاضى غير مسلم فى القضاء بين غير المسلمين اعتبارا بالشهادة لأن اهلية القضاء عندهم بأهلية الشهادة . وعلى الرغم من أن الحنفية ينفردون بهذا الرأى من بين علماء المسلمين إلا أننى أرى أنه رأى له وجاهته ، ذلك أن الولاية هنا هى على غير المؤمنين ومن ثم فهى لا تتعارض مع حكم الآية الكريمة . ثم إن خضوع المخالفين لقوانين الدولة الإسلامية لا يمنع من أن يقوم قاض غير مسلم على تطبيقها على غير المسلمين .

بيد ان هذا الحكم الحنفى قد لا يصلح فى القضايا الدولية حيث أن الخصم فى القضاء هى الدولة الإسلامية ، ومن ثم فإنه لا يجوز أن تحتكم الدولة الإسلامية إلى قاض غير مسلم ، وتبعا لذلك فان محكمة العدل الدولية بتشكيلها الراهن لا تصلح طبقا لاحكام الشريعة الإسلامية — لأن تكون هيئة قضائية تفصل فى نزاع بين دولة إسلامية ودولة غير اسلامية ، وناهيك بأن يكون الطرفان دولتين اسلاميتين . وإذن فالتجاء الدول الإسلامية حاليا إلى تلك المحكمة لا يبرر إلا طبقا لنظرية الضرورة . وآمل أن تجد الدول الإسلامية فى محكمة العدل الاسلامية الدولية غنى يكفيها عن محكمة العدل الدولية ، روياحبذا لو حرصت الدول الإسلامية — قدر الامكان — على أن تتفق مع الدول غير الإسلامية على جعل محكمة العدل الإسلامية الدولية هى الهيئة القضائية التى تلجأ اليها للفصل فيما قد يثور من منازعات بينها وبين تلك الدول غير الإسلامية . ومن المقبول — كما يقول الدكتور فتحى عثمان — أن يكون غير المسلم قاضيا جنائيا ، وبخاصة إذا لوحظ أن أغلب الأحكام هى من

باب التعزير الذى تقرره السلطة التشريعية ، أو يترك فى نطاق ما للقاضى عند تقرير العقوبات . والحدود المصوص عليها شرعا معدودة ، وقد تكون لها دوائر خاصة متلما هو الحال فى دوائر الجنايات فى كثير من الدول الآن . ونحسن أن يكون رئيسها وأغلب أعضائها فى الدولة الإسلامية من المسلمين ، ولا بأس أن يكون أحد أعضائها غير مسلم . ومن المقبول كذلك أن يكون غير المسلم قاضيا مدنيا . ومن الطبيعى أن يكون قاضى الأحوال الشخصية للمسلمين مسلما ولغير المسلمين واحدا من دينهم ومذهبهم للطابع الدينى الغالب على هذه الأحكام » (فهمى هويدى — مواطنون لا ذميون — القاهرة وبيروت ١٩٨٥ ، ص ١٧٢) . ولعل صاحب الرأى قد تجاوز حماسه بعض الحدود لكنه رأى له وجهة وجدير بالاعتبار .

ب (العقل، والبلوغ والحرية :

يذهب أن يشترط فى القاضى أن يكون عاقلا لأن القلم مرفوع عن المحنون بل إن من العقباء من يتطلب فى القاضى عقلا فطيا ذكيا . وقد خص الله سبحانه وتعالى سليمان بالفهم الذى لم يتوفر لداود فاستطاع بذلك أن يصيب كبد الحقيقة فى حكمه « وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غم القوم وكنا لحكميم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما » . (الانبياء / ٧٨) .

كذلك يجب أن يكون القاضى بالغا ، فلا يجوز أن يتولى الصغير القضاء لأن الصبى أيضا قد رفع عنه القلم .

كذلك لا يملك غير الحر ولاية القضاء لأن العبد لا يملك التصرف فى نفسه فهو ملك لسيده .

ج (العدالة :

يجب أن يكون القاضى عادلا . ولكن ماذا نقصد بالعدالة ؟ اختلف الفقهاء فى الشروط التى ترسم حدود منفذ العدل فى الإنسان .

يرى المالكية والحسالة أن العدل هو من لم يرتكب كبيرة ولم يصر على صغيرة واجتنب ما يخل بمروءة أمثاله .

وقيل إن العدل هو من لم تلعب معاصيه على طاعاته .
بيد أن الاعتماد على مقياس التفرقة بين الكسائر والصغائر هو اعتماد على مقياس غامض حيث لا يوجد حد متفق عليه لتلك التفرقة .
ولذلك قد يكون من الأفضل الأخذ في تعريف العدل بما قاله متأخرو الحنفية وهو أن العدالة تعنى رجوح كفة حسنات المرء على سيئاته ، لأن هذا يعنى أن العدل هو استقامة النفس وعدم الجرأة على الحرام .

ولكن الحنفية يتنازلون عن هذا الشرط ويجيزون تقليد الفاسق ولاية القضاء مع الكراهة . بيد أن هذا القول يتعارض مع مقتضى الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » ... الآية » (الحجرات / ٦) . لأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً ، فلا يجوز من باب أولى أن يكون قاضياً .
ولذلك منع الحنفية كل محدود بعد قذف من تولى القضاء ، وكأهم بذلك يرجعون إلى المبدأ الذي يقول به الجمهور وهو أن من لا تقبل شهادته لا تحوز ولايته .

وعليه فإن العدالة شرط لازم في صحة تولى القاضي .

د) الاجتهاد في علوم الشرع :

انقسم الفقهاء حول تحديد درجة الاجتهاد التي يجب أن يطلعها من يصلح لتولى القضاء . فمن الفقهاء من يشترط في القاضي أن يطلع درجة الاجتهاد المطلق . أي أن يحيط باهلية الاستنباط من مصادر التشريع على نحو ما اعلنت عند الكلام على الاجتهاد .

ومنهم من اكتفى بأن يكون القاضي عالماً فقيها قادراً على انزال الحكم على الواقعة المطروحة في الدعوى القائمة . ذلك أنه حامن امام إلا وتوقف في مسائل .

وذهب جمهور الحنفية إلى جواز تولى العامى . وقد نقل هذا الرأى عن

الإمام مالك . وهذا قول ساقط فكيف يتصور عقلا وشرعا أن يتولى الجاهل منصب القضاء ، والصحيح الذي يقله المطلق أن يكون العلم أصلا في حواز تولي منصب القضاء ، بعض النظر عن درجة العلم المطلوب ، لأن الرسول ﷺ أخبر بأن من يقضى بين الناس على جهل فهو في النار . قد يقال إن الإمام إذا عين قاضيا وجب على الناس طاعته لأن طاعة الإمام فرض على المسلمين ، ولكن الرد على ذلك هو أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، ومادام أن الرسول ﷺ قد ذكر القاضي الجاهل كأحد قاضيين يدخلان النار فان تعيين الجاهل في منصب القضاء يكون معصية . ثم إن مثل هذا التصرف يخرج بالإمام عن التزامه برعاية شئون المسلمين « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » . ومن ثم فإن صلاحيات الإمام ليست مطلقة بل إنه مقيد بأمر منعه الإسلام من تجاوزها .

والراجح أن النظرية الإسلامية لا تأخذ بمدرك السوابق الأنجلو سكسوني ، فالقاضي الإسلامي — شأن القاضي في النظام اللاتيني — غير مقيد بحكم سابق ولو كان هو الذي حكم به . ولذا جاء في عهد عمر بن الخطاب إلى أنى موسى الأشعري « ولا يمنعك قضاء قضيته أمس فرأجت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماهي في الباطل » .

هـ (الذكورة :

اختلف الفقهاء في شرط الذكورة وجواز تولية المرأة منصب القضاء وذهبوا في ذلك مذاهب ثلاثة :—

- (١) عدم جواز تولي المرأة منصب القضاء مطلقا .
- (٢) جواز قضاء المرأة في غير الحدود والقصاص .
- (٣) جواز ولاية المرأة لمنصب القضاء مطلقا .

ولا أريد أن أفيض في هذا الشرط لأن القول فيه يطول ، وهو ليس من صلب هذه الدراسة ، إذ كل ما أتغياه هنا هو مناقشة القضاء كدليل من أدلة الاجتهاد وكطريقة من طرق الاستنباط .

اختصاص سلطة القاضي :

ان صيغة تولية القاضي لمنصبه هي التي تحدد نطاق الاختصاص الوعى والاختصاص المكانى والاختصاص الرمانى والاختصاص الشخصى للقاضى ، فهى تبين أى القضايا يختص بظرها واى دائرة جغرافية يتولى فيها القضاء ، والرمن الذى يجلس فيه للقضاء والاشخاص الذين يفصل فى خصوماتهم .
فذلكة :

يبين لنا مما سلف أن هناك شروطا لابد أن تتوفر فيمن يصلح للقضاء وأن اقل مايتطلب فى القاضى من حيث العلم هو أن يكون فقيها قادرا على أن ينزل الحكم على الواقعة المطروحة أمامه . ومن ثم فان القاضى يجب أن يكون مجتهدا ولكن لا يشترط فيه الاجتهاد الكلى وإنما يكتفى فيه بالقدرة على الاجتهاد الجزئى . وتبعاً فان القاضى محتهد وقصاؤه اجتهاد وهكذا يكون القضاء اجتهادا قضائيا ، والشروط التى تحت اليها آفا شروط منطقية فى القاضى ، سواء جلس للقضاء الوطنى أم جلس للقضاء الدولى لأن الولاية واحدة فى الشريعة الإسلامية .

ولنا أن نقارن بين شروط القاضى التى أسلفتها وبين ما جاء فى نظام محكمة العدل . وقد يكون من المناسب أن استكمل هذا العرض عن القضاء فى الإسلام بصورة من صور القضاء الدولى الإسلامى الحديث وهى محكمة العدل الإسلامية الدولية .

محكمة العدل الإسلامية الدولية :

يطيب لى — وأنا بصدد الكلام عن القضاء فى الإسلام — أن أعرج بكلمة على أول هيئة قضائية دولية فى تاريخ العلاقات الدولية الإسلامية ، ولو أن نظامها لم يدحل بعد طور التنفيذ . تلك هى محكمة العدل الإسلامية الدولية ، إحدى مبادرات منتظم المؤتمر الإسلامى .

ان المحكمة — حسبما أوضحته مادتها الأولى — هى الجهاز القضائى

الرئيسي لمنظم المؤتمر الإسلامي وتقوم على أساس من الشريعة الإسلامية وتعمل بصفة مستقلة — وقد يوحى هذا بأن هناك أجهزة قضائية أخرى للمؤتمر وأن المحكمة هي الجهاز الرئيسي من بينها ، وقد يعين على تقبل هذا الفهم أن للمحكمة أن تشكل هيئات أخرى لتسوية المنازعات كما يتضح لما بعد قليل . ولكي أرى أن وصف المحكمة بأنها الجهاز الرئيسي يعنى أنها إحدى الأجهزة الرئيسية التي يتشكل منها المؤتمر كمنظمة دولية .

وقد احتيرت الكويت مقرا للمحكمة ، والكويت هي أيضا مقر الهيئة القضائية الخاصة بمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبترو . وتتشكل المحكمة من سبعة قضاة يختارون بالاقتراع السري من قبل المؤتمر الإسلامي لوزراء الخارجية ومدة عضوية القاضي أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة . وألاحظ على هذا أنك أنه تطور للنظرية الإسلامية التقليدية ، ذلك أن تعيين القاضي حسب تلك النظرية هو أحد اختصاصات رئيس الدولة وكان المتوقع أن يعين هؤلاء القضاة من قبل مؤتمر القمة الذي يصمم الرؤساء ، ولكن الرؤساء فوضوا ذلك للاختصاص لوزراء خارجيتهم باعتبارهم من وزراء التفويض . بل إن الاختصاص — في شأن انتخاب الرئيس ونائبه — قد فوض إلى أعضاء المحكمة . ولعل من ديج نظام المحكمة لم يفكر في أحكام النظرية الإسلامية التقليدية بقدر ما فكر في نظام محكمة العدل الدولية الذي تأثر به إلى حد واضح واقتبس منه الكثير ، وكان الأفضل لو أن مسترعى نظام المحكمة كانوا على بينة من مقتضيات النظرية الإسلامية وراعوا التماسي بأحكامها أو طوروها بما يتفق وواقع الدولة الإسلامية المعاصرة دون التضحية بروح المبادئ الإسلامية . أقول ذلك وفي دهي مآخذ تورط فيها نظام المحكمة الإسلامية بسبب هذه الخرافة التي لم تتسم بالتحرز الكافي . فنجد مثلا أن النظام يحرم انتخاب أكثر من قاض من رعايا دولة واحدة . وهذا الحكم يكشف عن تأثير واضح بالمفاهيم الغربية ذلك أن الجنسية في النظرية الإسلامية لها جانبها الإسلامي فالإسلام دين ودولة ومن ثم فإن تقييد الاختيار بشرط الجنسية الإقليمية شرط يزكى مفهومها

لا يتسق مع وحدة العقيدة ويدرج عصباً سياسياً في محكمة قضائية ثم إنه يقلل من فرص اختيار الأصلح من حيث أن منع اختيار أكثر من قاضٍ من دولة واحدة قد يفوت على المحكمة بعض العناصر الجيدة التي تحتاج إلى جهودها في هذه المرحلة المتدنية من تجميع العالم الإسلامي حول مفاهيم قانونية إسلامية مشتركة . ولذا فإنني أعتبر أن القياس هنا على نظام محكمة العدل الدولية قياس بما لا يقاس ثم إن المحكمة الإسلامية ذات طابع عقائدي فهي تقضي بين دول ذات عقيدة واحدة على أسس موحدة .

ويستلزم في عضو المحكمة أن يكون مسلماً عدلاً من ذوي الصفات الخلقية العالية ومن رعايا إحدى الدول الأعضاء ، وتلك شروط لأحلاف عليها سوى أنها حصرت الاختيار في رعايا الدول الأعضاء وهذا نص قد يكون له مبرره ولكن عالمية الإسلام كان تقتضي أن نستبعد هذا القيد مادام أن الكفاءة والإسلام والعدالة وسمو الأخلاق قد توافرت في القاضي ، ولعل المستقبل القريب يأتي بما يعني عن الإنشاء على هذا الشرط .

وينبغي ألا يقل عمر القاضي عن أربعين عاماً وذلك شرط يسائر المنطق الإسلامي لأن تلك هي السن التي يبلغ فيها المرء أشده « حتى إذا بلغ أشده وبلغ أربعين عاماً » (الاحقاف / ١٥) وهي سن النبوة .

ويتطلب نظام المحكمة في القاضي أن يكون من فقهاء الشريعة المشهود لهم وله خبرة في القانون الدولي وأن يكون مؤهلاً للتعيين في أرفع مناصب الافتاء أو القضاء في بلاده . إن هذا الشرط يستوقف المرء لأنه يضع حكماً في نقطة خلافية . ذلك أن الفقه — كما قدمت — على خلاف حول شروط القاضي فهناك من يشترط فيه الاجتهاد وهناك من يكتفى فيه بالفقه . وواضح من النص أنه انحرأ إلى الفريق الذي يكتفى أن يكون من فقهاء الشريعة المشهود لهم وأن يكون قد بلغ بفقهه مرتبة تؤهله للتعيين في أرفع مناصب الافتاء أو القضاء في بلاده ، ولو أن هذا معيار شخصي من حيث أن اعتبارات التأهيل هذه قد تختلف من دولة إلى أخرى وقد يمثل هذا الاختلاف بونا شاسعاً في الفوارق .

أما شرط الخبرة في القانون الدولي فشرط مطاط لأن مدى هذه الخبرة وفحواها أمر قد لا تتفق عليه الآراء ، وأغلب الظن أن القانون الدولي المقصود هنا هو القانون الدولي العام ولو أن إطلاق التعبير في النص يمكن أن يسمح بصرف المعنى إلى كل من القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص ، وهذا المعنى الموسع هو ما أفصله لأن الإلمام بأحكام القانون الدولي الخاص له جوابه الخامة بالنسبة للقاضي الدولي . وأيا كان الرأي فإن النص لم يتطلب في القاضي أن يكون مختبدا ولا حتى فقيها في القانون الدولي لأن الخبرة — في رأي — دور التفقه وربما انصرف التعبير إلى الساحة العملية أكثر منه إلى الساحة الفقهية وإن أتمنى على الله إن يكون قيام المحكمة فاتحة الخير كي يتوافر اساتذة الشريعة الإسلامية على دراسة القانون الدولي نوطئة لتطوير أحكام القانون الدولي الإسلامي ، لاسيما في نطاق العلاقات السلمية .

وتتضمن المواد (٥ — ٧) بيان الإجراءات التي تتبع لانتخاب أعضاء المحكمة وحالة استقالة القاضي و ضمانات إقالته ومعالجة الوضع عند خلو المنصب ، وهذه كلها مستعارة على نحو أو على غيره من العمل الدولي المعاصر وتدخل — من حيث المهر — في العلم بشئون الدنيا ولذا فلا أرى مانعا من أن تنقلها النظرية الإسلامية .

وتحرم المادة الثانية على العضو أن يمارس مهام سياسية أو إدارية أو أية مهنة أو يقوم بأي نشاط لا يتفق وكرامة القضاء واستقلاله أو أن يعمل مستشارا أو وكيلا أو محاميا أو محكما أو يشتغل بأي عمل مهني يتنافى وعضويته في المحكمة ، كما لا يجوز له أن يشترك في الفصل في أية قضية سبق عرضها عليه بوصفه عضوا في محكمة وطنية أو دولية أو لجنة تحقيق أو أية صفة أخرى . وعند قيام الشك في ذلك تفصل المحكمة في الأمر . وهذه كلها أحكام تستهدف البعد بالقاضي عن مواطن الشبهات وتساييرها الممارسة الدولية المعاصرة وماهى إلا صياغة حديثة للنظرية الإسلامية التقليدية التي تأمر بأن يترك المرء ما يريه إلى ما لا يريه فمن حام حول الحما أو شك أن يقع فيه .

وتشترط المادة التاسعة أن يخلف كل عضو في أول جلسة علنية يعين التالية : « أقسم بالله العظيم أن أتقى الله وحده في أداء واجباتي وأن أعمل بما تقتضيه الشريعة الإسلامية » .

إن اشتراط القسم كضمان لصدق العزيمة ليس من الأمور المستعربة ولكه في هذا المقام بدعة نقلها نظام المحكمة عما يجري عليه العمل الدولي الراهن . وكنت أفضل لو أن نظام المحكمة أغفله فهذا لم يجر عليه الأمر في العهد الأول من الإسلام وقد يشير من طرف خفي إلى أن الاطمئنان إلى القاضي على الرغم من الشروط التي أسلنت وجوب توافرها فيه — ليس قاطعا . ثم إن عبارة القسم تريد الطين بلة لأنه يخلف على التزام أحكام ميثاق المؤتمر الإسلامي الأمر الذي غشى على أن أتبين مقصوده بدقة . المقصود أن يتقيد القاضي بأحكام ميثاق المؤتمر وما يتبع ذلك بداهة هو التقيد بقرارات ذلك المؤتمر . فلو أن المؤتمر أصدر توجيها في قضية ما ، التزم القاضي في حكمه بذلك التوجيه ولو كان على خلاف ما يرى أنه هو الحكم الصحيح ؟ : ثم إن القاضي يقسم أيضا على العمل بأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد الدين والقول عندى ان التعبيرين (الشريعة والدين) بالسنة لاختصاص المحكمة متداخلان وكان يكفى الإشارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية اللهم إلا إذا كان المقصود بالشريعة الإسلامية أحكام المعاملات وبالدين أحكام العبادات ، ومن ثم فهو يقسم على مراعاة أحكام الشريعة عملا وعبادة ، وتفسير النص على هذا النحو يثير تساؤلا حول معتبات ذلك على وضع القاضي ، فهل يجوز مثلا للمتقاضين مناقشة السلوك الديني للقاضي ورده عن نظر الدعوى لما أخذ من المآخذ التعبدية عليه ؟ وهنا أذكر قول الحنفية فهم يجيرون تعيين الفاسق للقضاء ، مع الكراهية .

وتسمح المادة العاشرة للمحكمة وأعضائها ومواطنيها في بلدان الدول الأعضاء الحصانات والامتيازات المقررة بموجب اتفاقية حصانات وامتيازات المؤتمر الإسلامي سنة ١٩٧٦ .

وترتب المواد ١١ - ١٦ بعض الأوضاع الخاصة بالمحكمة — فتبين محل

إقامة رئيس المحكمة وأمانة المحكمة وعقد الجلسات وتخلي عضو المحكمة عن
الصر في قضية بعينها ، وتعالج الدوائر الخاصة التي يمكن أن تشكلها المحكمة
وحق الدول أطراف أية قضية في أن يكون لها قضاة يخلسون مع بقية أعضاء
المحكمة ويشاركون في الحكم على قدم المساواة مع سائر الأعضاء . وتلك
بمصوص يحاكي فيها نظام المحكمة الإسلامية نظام المحكمة الدولية ولكني أرى
أن المحاكاة تفتقر إلى التوفيق في بعض الأحيان ، وحق الدول هذا بأن يجلس
قاص من جنسيتها مؤقتا - واثناء نظر دعواها - مع باقي القضاة هو من
الأمثلة على ذلك . إن المحكمة الدولية تنظر قضايا بين دول قد تختلف عقيدة
وفكرا وتفرق بينها انقسامات سياسية واضحة أما المحكمة الإسلامية فتتظر
قضايا بين دول ترحدها عقيدة الإسلام وتقارب بينها مبادئ وتجمعها أخوة
الإيمان التي تهدد من حدة الفواصل السياسية ، اللهم إلا إذا كان في دهن من
وضع النص أن من دول المؤتمر الإسلامي دولا لا يعتبر الإسلام هو دينها
الرسمي ، وتلك مسألة أترك للواقع الحكم عليها . وربما كان الأوفق لو أن
استبرغ نظر هنا إلى المذاهب الفقهية - مادام أنه يريد أن يجلس قاصيا
ردنيا - فسمح للدولة إذا كان مذهبها الفقهي غير ممثل أن تعين قاضيا يمثله .
ولكني أبدو هذا الاقتراح في غير حماس لأنني آمل أن تكون المحكمة أداة من
الأدوات الحميدة لإدابة الفوارق المذهبية وترجيح الأحكام الأسب من بينها
فتفصى بذلك على قدسة وثية اقتضاها الرأي العام الإسلامي المعاصر على
أصحاب المذاهب الفقهية .

وتتكم المادتان ١٧ ، ١٨ عن المكافآت ومصاريف المحكمة الأخرى
وتحول م ١٩ للمحكمة حق وضع لائحتها الداخلية وتنضس م ٢٠ الأحكام
المتعلقة بالسجل .

وتحدد م ٢١ الاختصاص الشخصي للمحكمة فتصرفه إلى الدول أعضاء
منتظم المؤتمر الإسلامي ، أما غيرها من الدول فيجوز أن تلجأ إلى المحكمة
ولكن بالشروط التي يضعها مؤتمر وزراء الخارجية . وعضوية المؤتمر طبقا

للمادة ٨ ، من ميثاق المؤتمر تشمل الدول المشتركة في مؤتمر ملوك ورؤساء الدول والحكومات الإسلامية بالرباط والدول المشتركة في مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامية في حدة وكراتشي والموقعة على الميثاق . ويحق لكل دولة إسلامية أن تنضم إلى المؤتمر الإسلامي بطلب . ومن ثم فإن السؤال هنا يدور حول الدول التي ليست عضوا في المؤتمر وتريد أن تلجأ إلى المحكمة ، أم هي الدول الإسلامية بحسب أم هي أية دولة سواء كانت إسلامية أم غير إسلامية مادام أن لجوؤها إلى المحكمة مشروط بما يتطلبه منها وزراء الخارجية .

كذلك لنا أن نتساءل عن الانضمام إلى عضوية نظام المحكمة وهل يجوز لأية دولة أن تنضم إلى ذلك النظام أم أن هناك شروطا معينة يجب أن تتوفر في الدولة كي تصلح للانضمام . إن هذه الشروط هي بداهة شروط الانضمام إلى المؤتمر الإسلامي وعلى الرغم من الملاحظات التي أبدتها على عضوية المؤتمر فإن الذي يتردد في أروقة المؤتمر أن هناك شروطا لابد من توافرها كي تصلح الدولة للعضوية الإسلامية ، تلك هي أن يكون رئيسها مسلما وأن تقر عند الطلب الانضمام بأنها دولة إسلامية ويرد نص بذلك في دستورها وأن تكون غالبية سكانها من المسلمين .

وتأد م ٢٣ للدول الاعضاء — وهذا يعني أن النص لا يصرف إلى غير الاعضاء — بأن تتقدم بطلب إلى المحكمة للسماح لها بالتدخل في قضية معروضة .

أما ولاية المحكمة فتشمل — طبقا للمادة ٢٥ — مايلي :

أ — القضايا التي تتفق الدول الأعضاء المعنية على إحالتها إليها .

ب — القضايا المنصوص على إحالتها إلى المحكمة في أي معاهدة أو اتفاقية نافذة .

والأحظ هنا أن الاختصاص شامل فهو لم يحصر القضايا في نوع معين ولم يشترط — لاسيما في الفقرة الأولى أن يكون النزاع ذات طبيعة دولية . كذلك

فقد غاير النظام بين المعاهدات والاتفاقيات وكان يمكنه الاستعناء بالاتفاقيات — بوصف أنها تعبير أعم — عن المعاهدات ولعله قصد بالمعاهدات الوثائق ذات الطبيعة التشريعية الغالبة وبالاتفاقيات الوثائق ذات الصيغة التعاقدية الغالبة وصلا على أن النص على هذا العموم يجعلني أتساءل — لاسيما في ظل الظروف الحارية — عما إذا كان اختصاص المحكمة قاصرا على علاقات السلم أم أنه يمكن أن يمتد إلى علاقات الحرب كذلك .

ح — تفسير معاهدة أو اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف .

د — بحث أى موضوع من موضوعات القانون الدولي . ويستوفى هذا النص لأن نظام المحكمة يشترط في القضاة الخبرة بالقانون الدولي . فإن كان من اختصاصهم بحث أى موضوع من موضوعات القانون الدولي وكان الأمر متعلقا بالقانون الدولي المعاصر فإن ذلك يعنى أن الخبرة يجب أن تتجاوز معاهها المتعارف عليه لتصل إلى معرفة تؤهل للبحث والتضاء . ثم إن تفسير النص على أنه يتعلق بالقانون الدولي المعاصر — وهذا هو التفسير الراجح عدى — يعنى أن نزائ مجالا تنافس فيه المحكمة الإسلامية مع المحكمة الدولية . وأغلب الظن أن هذه المنافسة ليست ليصالح المحكمة الإسلامية — لاسيما في باكورة قيامها — لأن قصة المحكمة الدولية أكثر تجهزا وخبرة في مجال القانون الدولي من قصة المحكمة الإسلامية ، ثم إن هذا لا يتفق مع م ٢٧ / أ من نظام المحكمة الإسلامية .

هـ — تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا ثبتت كانت خرقا لالتزام دولي . ومرة أخرى أسأل هل الالتزام الدولي طبقا للقانون الدولي المعاصر أم الالتزام طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية . ومرة أخرى نلمح بصمات نظام محكمة العدل الدولية واضحة بسبب فرط حرص من صاغ النظام .

و — تحديد نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولي ومدى هذا التعويض . وهناتكرر ملاحظتي السالفة بشأن نوع الالتزام الدولي .

إن الشك في الواجب من إضفاء المسمى الدستوري الذي يدخل في إطار
التأثير الإداري يعدّ أمراً ضرورياً من حيث المبدأ ، وعلى تقدير أن
يكون مجال المبدأ الإسلامي ، فإنه يكون المبدأ بالقياس إلى الدول هو
التأثير الإداري الإلزامي الذي يتأثر في التزاماته ، أي أن يكون من متعلقات
السلطة الإدارية ، وهذا هو الأساس الذي يرد عليه المبدأ ، إن وسمي
من المحكمة الإدارية بالحقبة الإسلامية ، رداً على ما ذهب إليه من أن
المبدأ ، التي أنه ، من متعلقات المبدأ ، ولكن الأمر الذي لا ينبغي أن
الخصوصية الخاصة بالأحكام من التأثير الدولي ، فالتأثير الدولي في
نظام محكمة الدول ، على أن أفقد المحكمة الإلزامية الكثير من ذاتيتها
وأضعف من تفردتها

وقد نقل نظام المحكمة أيضاً فكرة الاختصاص الإلزامي عن نظام محكمة
العدل الدولية ولكنه تصرف في تفاصيل ذلك الأمر ، وهو فيها ، يقول
م ٢٦ في ذلك ما نصه « للدول الأعضاء في المنظمة ، تنبذ ، دون عار ، إلى
اتفاق خاص بأنها تقر للمحكمة بولاية حصرية للفصل في المنازعات القضائية
مثل تفسير أحكام الشريعة الإسلامية وتفسير المعاهدات ومفوضات القادة ،
الدول ، التي تنسأ إليها وبين أية دولة تقبل الالتزام نفسه ، ونحو أن يكون
التصريح المشار إليه آنفاً غير مقيد ، كما يجوز أن يكون متعلقاً على الولاية نفسها
من جانب دولة معينة ، أو عدة دول أو خلال مدة محددة » . ولا أمس
بالارتياح كثيراً إلى صياغة المادة لعدم دقتها أسلوباً وسعماً ، فهي تميز الدول
الأعضاء قبول الولاية الجبرية حيال « أية دولة » تقبل الالتزام ذاته ، الأمر الذي
يعني أن الولاية الجبرية يمكن أن تكون بين دولة عضو ودولة غير عضو فهل
يفضي هذا إلى تقرير حق للدولة غير العضو في الالتجاء إلى المحكمة دون أن
تخضع في ذلك لشرط التقيد بما يفرضه مجلس وزراء الخارجية (م ٧/٢١) .
ثم إن النص أورد حالات الاختصاص الإلزامي على سبيل المثال ومعنى ذلك أن
الدول مطلقة في تحديد مجالات ذلك الاختصاص الإلزامي ، ولهذا مثاله النص ،

حرص نظام محكمة العدل الدولية على تخنيها بتحديد القضايا التي يجوز فيها قبول الاختصاص الإلزامي .

وتنص م / ٢٧ على القانون الواجب التطبيق فتقرر أن :

أ — الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي الذي تستند إليه المحكمة في أحكامها .

ب — تسترشد المحكمة بالقانون الدولي والاتفاقات الدولية الثابتة أو متعددة الأطراف أو العرف الدولي المعمول به أو المبادئ العامة للقانون أو الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية أو مذهب كبار فقهاء القانون الدولي في مختلف الدول .

والمادة في مجموعها تعكس ماسبق أن قدمته من أن هناك دورا تبادليا بين النظرية الإسلامية والقانون الدولي المعاصر وأن المجال الأغلب في هذا الدور هو للشريعة الإسلامية فالشريعة الإسلامية تحكم ولا يحكم عليها . ولكني آخذ على النص :

أ — جعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي وأطلق التعبير في الشريعة الإسلامية — وعند الإطلاق — تشمل المعاملات والعبادات . ولا أحسب أن من القضايا التي ستعرض على المحكمة قضايا تتطلب الفصل في بعض الأمور التعبدية ولعل النص هنا أراد أن يطلق التعبير العام وهو يقصد به المفهوم الخاص بالمعاملات .

ب — ان حصر دور القانون الدولي في أن يكون مصدرا ثانويا يدفعنا إلى التساؤل عن كيفية التوفيق بين هذا النص وبين الاختصاص النوعي الواسع الذي منحه للمحكمة في أمور تتعلق أصلا بالقانون الدولي ، وهل يعني هذا أن المحكمة سوف تبحث موضوعات القانون وتحقق في الوقائع التي تنتهك وتقضي في التعويضات المترتبة على ذلك طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ؟ إن الراجح عندي هو أن وضع نظام المحكمة قد خلط الأمور فهو قد استقى فكرة من نظام محكمة العدل

الدولية . ولكنه أراد ان يلونها باللون الإسلامى فكان منبتا وحاءت
بصوره ممسوخة في كثير من المواضع .

ج — بل إن من نقل عن نظام محكمة العدل الدولية لم يحسن قراءة نظامها
فهو قد نقل الفقرة ب أعلاه عن م / ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية
ولكنه لم يتسه إلى أن صدر المادة فرض على المحكمة العالمية ان تطبق
أحكام القانون الدولي عموما ثم راحت المادة بعد ذلك تفصل الأدلة
التي تستمد منها تلك المحكمة احكام القانون الدولي . أما من دبح م
٢٧ / ب من نظام محكمة العدل الإسلامية فقد خلط بين القانون
الدولي وادلته فذكر القانون الدولي في تصوره للقانون الذى يمكن أن
تسترشد به المحكمة ثم أضاف إليها صوراً أخرى هي في الحقيقة أدلة هذا
القانون وليست صوراً منه .

د — وقد عدد الأدلة دون أن يتحرى الدقة فهو قد ذكر المبادئ العامة من
بين ماتسترشد به المحكمة دون بيان أى المبادئ العامة يقصد . إن نص
م ٣٨ يحدد تلك المبادئ بأنها المبادئ التي تقرها الدول المتمدينة فإن
نحن تركنا المصطلح دون قيد أطلقنا الأمر وتركنا العنان ولهذا التصور
خطورته في محكمة يتأرجح نظامها بين الشريعة الإسلامية والقانون
الدولي .

وتذكر المادة / ٢٨ أن « العربية لسان القرآن المين لغة المحكمة الأولى وهي
مع الإنجليزية والفرنسية اللغات الرسمية المعتمدة » . إن هذه المادة التي صاغت
حكمها في عبارة شاعرية لم تألفها الصياغة القانونية قد اثبتت حكماً بلا معنى
عندما قررت أن اللغة العربية هي لغة المحكمة الأولى ثم سكنت فلم ترتب على
تلك الأولوية اثراً قانونياً — فيما عدا ما جاء في م ٥٠ — إذا سوت بينها وبين
اللغتين الإنجليزية والفرنسية . ولعلها أرادت بهذا الوصف الرقيق أن تستحث
الدول الاعضاء على الاهتمام باللغة العربية والعمل على إحلالها المكان اللائق بها
في العلاقات الدولية . ولكنى أجد للنظام عذره في اعتبار اللغتين الاجنبيتين

بمثابة لغات رسمية إذ لارالت العربية لغة غربية بالنسبة للعالية العضى من المسلمين .

وتتكمّل انواد ٢٩ — ٤١ ببيان آداب التقاضى — أى احكام المرافعات بالتعبير الحديث — فتعالج ظروف رفع الدعوى ، واجراءات نظرها والإعلانات القضائية وتسير الدعوى وتلقى البيانات والتدابير المؤقتة وتمثيل الأطراف والتخلف عن الدعوى .

وتمنع م ٤٢ للمحكمة حق الافتاء ، فى المسائل القانونية غير المتعلقة بنزاع معروض عليها وذلك بطلب من اية هيئة مخولة بذلك من قبل مؤتمر وزراء الخارجية . . وهكذا أوجد نظام المحكمة هيئة دولية اسلامية للافتاء . ولكنه لم يعط حق طلب الفتوى للدول بل اعطاه للهيئات فترق بذلك فتقا فى التنظيم الدولى الإسلامى إذ يضاف جهدها إلى جهد مجمع البحوث فى المؤتمر . ولكن حق الافتاء يتطلب مزيدا من التدقيق فى المستوى الفقهى الذى يجب أن يكون عليه القضاء . ولا أدرى هل يكفى فيه ما اشترطه نظام المحكمة من مؤهلات فى القاضى . والذى يبدو من العبارة العريضة التى ورد بها النص أن الفتوى قد تكون فى مسألة شرعية وقد تكون فى مسألة دولية ، وقد رسمت المواد ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٧ اجراءات اصدار الفتاوى ونشر الاحكام والفتاوى . وأود أن أضيف هنا أن جمهور الفقهاء المسلمين يكره للقاضى أن يفتى فى مجلس القضاء ، ولذا يجب مراعاة ذلك فى وصف الوظيفة الافتائية للمحكمة .

ومن الطريف — والغريب ايضا — أن المادة / ٤٦ تميز للمحكمة « أن تقوم — عن طريق لجنة من الشخصيات المرموقة — أو عن طريق كبار المسؤولين فى جهازها بالوساطة والتوفيق والتحكيم فى الخلافات التى قد تنشأ بين عضوين أو أكثر من أعضاء منظمة المؤتمر الإسلامى إذا أبدت الأطراف المتنازعة رغبتهما فى ذلك ، أو إذا طلب ذلك مؤتمر القمة الإسلامى أو المؤتمر الإسلامى لوزراء الخارجية بتوافق الآراء » . وأغلب الظن أن هذه المادة تعالج الحالة التى يراد فيها الفصل فى النزاع طبقا لقواعد العدل والقسطاس لأن

اعضاء الهيئة التي تشكل لا يشترط فيهم تفقه في الشريعة ولا خبرة بالقانون الدولي وإنما اشترط أن يكون الشخص مرموقاً أو من كبار مسئولى المحكمة . ووجه الغرابة أن القرار لا بد أن يكون له سند من الشريعة الإسلامية مادام أنها هي المصدر الأساسي الأول فكيف يمكن لأعضاء المحكمة مراعاة ذلك وهم غير مؤهلين له ، أم هل قصد النظام إلى صورة من صور فض النزاع يكون فيها القرار مستنداً إلى اعتبارات رمنية وضعية خالصة دون التقيد بأحكام الشريعة . فإن صح هذا التصور وإني أحب أن استعده فلا ننسى أن القرار مسوب للمحكمة أى لمحكمة العدل الإسلامية وربما كان الأفضل لو أن دور المحكمة اقتصر على اختيار الوسيط (المحكم أو الموفق) دون أن ينسب نشاطه إلى المحكمة .

وترتيب م ٤٨ اجراءات تعديل نظام المحكمة . أما م ٤٩ فتقرر أن يبدأ سريان نظام المحكمة بمجرد ايداع ثلثي تصديقات الدول الاعضاء وفق احكام المادة / ١١ من الميثاق .

وتختتم المادة / ٥٠ نظام المحكمة بالنص على أن النظام « حرر باللغات الرسمية الثلاثة للمنظمة وكلها متساوية في حجتها » وعند الخلاف حول تفسيره أو تطبيقه تكون اللغة العربية هي المرجع .

ومن الطل أن أختتم تعليقي على نظام المحكمة بأن ما أبدته من ملاحظات لا يقلل من سعادتي بتلك الخطوة المباركة والبادرة المستحسنة التي طال انتظارنا لها . وإنه لأمر طبيعي أن تتسم المحاولة الأولى ببعض الهنات وأن يتتابها قدر من اللمم ، ولكن التجربة والخطأ هما السبيل إلى الصواب بإذن الله . ولعل المحكمة تكون بتوفيق من الله قطر غيث ينهمر وبشرى أمر يستقر . وإذا كانت المحكمة — كمنتظم دولي — هي منتظم إقليمي فإنها ليست بذلك بدعة في العلاقات الدولية فقد قامت محكمة عدل لدول أمريكا الوسطى ردحا من الزمن كما سبق أن أعدت جامعة الدول العربية مشروعاً لمحكمة عدل عربية ، وتشهد اليوم من بين ما نشهد محكمة عدل أوروبية .

ولا أود أن أترك هذا المقاد دون أن أشير إلى رأى لأحد علماء المسلمين المحدثين وهو الفقيه الساكسنافى أبو الاعلا المورودى الذى أدنى رأيا بشأن القضاء فى الباكستان ولكن عبارته من العموم حيث تفيد أن هذا هو رأى بالنسبة للقضاء عموما . يدعو صاحب الرأى إلى إصلاح بتحقيق أمور فى غاية الأهمية عنده وأولها وهو الذى يهملها هو الفناء مهنة المحاماة . فالحقيقة عنده أن الإسلام يأبى تلك الحرفة ولا يفرد لها مكانا فى بنية النظام القضائى لأنها تقيض لروحه وتقاليده وهى بدعة لم يكن يسير عليها المسلمون فى عهد سابق على سيطرة الحكم الغربى على المسلمين . والإسلام بطبيعته يأبى ألا ينال المؤمن حقه إلا بعد أن يدفع ثمنا لذلك عند العدالة ، يقصد طمعا أتعاب المحاماة ، (أبو الاعلى المورودى — نظرية الإسلام ترجمة دار الفكر سنة ١٩٦٠ ص ٢١١ — ٢٢٦) . وهذا رأى يصدر فى تقديرى عن مسلم يتحمس لديه ولعله متأثر بما هو شائع عند بعض العامة من أن المحاماة مهنة تصلل العدالة ، ولكن المتدبر للامور فى هدوء وروية لابد أن يخذ تدعيم مهنة المحاماة فى إطارها القويم فأخامى كما يقولون هو قاض واقف وتبعاً فإن مؤهلاته هى مؤهلات القاضى ، وما أجمل أن تشهد ساحات العدالة حواراً بين متفقيين حول أمر ما — هو موضوع القضية — فيكون كل منهما معيلاً للآخر للوصول إلى الحقيقة . وأى فرق هنا بين المحامى وبين وكيل القوم إذا تعددت أشخاص أحد أطراف القضية . وإني أذكر هنا على سبيل المثال قضية سمرقند التى اشتكى فيها أهل سمرقند من جور قائد جيش المسلمين فطلب القاضى إليهم أن يختاروا من يعرض ظلامتهم ، فكان ذلك عندى بمثابة محام يترافع باسم القوم وينافح أمام القاضى عن دعواهم ، وكان ذلك فى عهد الخليفة الراشد الخامس عمر بن عبد العزيز .

والطريف أن نظام المحكمة لم يشر إلى ما يتمتع به أعضاؤها من حصانات وامتيازات مع أن هذه الحصانات والامتيازات ليست غريبة على الممارسة الإسلامية الدولية ومن سوابقها ما تقر من حصانات للمحكمين الذين عينا للحكم فى الخلاف بين على بن أبى طالب ومعاوية ومأمنا من أمان على

أرواحهما وأموافهما ، وقد يكون في حصانات وامتيارات منتظم المؤثر
الإسلامي غناء عن ذلك .

استطرد : التحكيم في النظرية الإسلامية :

قلت إن القضاء في الإسلام قد يكون قضاء عاديا وقد يكون قضاء
استثنائيا . أما القضاء العادي فهو قضاء المحاكم ويديره القاضي . وأما القضاء
الاستثنائي فهو قضاء المظالم وهو قضاء ذو سمة سياسية ، ولذا فهو أدخل فيما
يطلق عليه الفقهاء « السياسة الشرعية » . والفرق بين القضائين أن قاضي
المظالم له سلطة تقديرية واسعة ولا يتقيد بالاجراءات التي يسير عليها القضاء
العادي . ثم إنه قد يفصل في منازعات تتعلق بالجماعات والهيئات . ومن هنا
فإن قاضي المظالم لابد أن يتمتع بسلطة واسعة وولاية قادرة حتى يستطيع أن
يفرض أحكامه ، فلا غرو أن يكون قضاء المظالم في بدايته هو من الولايات
المباشرة لإمام المسلمين .

والحق أن التحكيم صورة من صور الفصل في المنازعات ولذا فإن مجال
الكلام عليه يتصل بداهة بالكلام عن القضاء . وقد عرف العرب التحكيم منذ
جاهليتهم بتولية رئيس القبيلة أو الكاهن أو واحد من مشاهير الرجال لاسيما
خلال المواسم السنوية مثل سوق عكاظ .

وقد أشار القرآن الكريم إلى التحكيم وجعله ملزما في حالتين : (١)
الاحتكام إلى الرسول ﷺ « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر
بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » النساء /
٦٥ . (٢) الأحتكام إلى فرقاء من اهل الزوجين عند احتدام الخلاف
بينهما . ولذا فقد أقرت النظرية الإسلامية نظام التحكيم لانه يتفق وغاية
الإسلام وروحه . لعل ابرز مثل للتحكيم في التاريخ الإسلامي هو التحكيم بين
الرسول وبنى قريظة ومن بعده التحكيم بين علي بن ابي طالب ومعاوية بن أبي
سفيان . واستنادا إلى سابقة الرسول بشير الشيباني على الإمام بأنه يجوز

للمسلمين أن يوافقوا على أن يعرض على ثالث النزاع الذي يتردد حول أمور تتعلق بأساء القتال أو إنهاء معركة فعلية .

وقد خصصت مجلة الأحكام العدلية فصلا بداته للتحكيم صمته المواد (١٨٤١ — ١٨٥١) . والواقع أن الفقه التقليدي لم يول التحكيم اهتماما كبيرا من حيث الدراسة والتفصيل . وأغلب الظن أنه اتجا الفقه حيال التحكيم يمكن أن ينقسم إلى قسمين :

١ — اتجا ينظر إلى مشاركة التحكيم على أنها عقد بوصف أنها عرض وقبول . وينشطر هذا الاتجا شطرين فريق يرى أن مشاركة التحكيم عقد صحيح ولكنه غير ملزم ذلك أنها ليست من بين العقود المسماة التي تكلم عنها الفقه على أنها ملزمة . ومن ثم فإن أطراف التحكيم يستطيع أى منها أن يتقايل الانحاء إلى التحكيم ولكن خلافا يثور بين أصحاب هذا الرأى فهم من يرى أن حق التقايل يسقط بمجرد أن يبدأ المحكمون فى مباشرة مهتهم ومنهم من يرى أن هذا الحق لا يسقط إلا بصدر حكم التحكيم . ذلك أن الحكم يعتبر أنه صادر عن وكلاء الأطراف فى حدود ما لهم من وكالة .

وتميل الخلة إلى هذا الرأى فهى تعالج التحكيم على أنه عقد ولذا ترتب أوصافا للتحكيم هى فى واقعها أثر للسمة التعاقدية غير الإلزامية للتحكيم . فهى تتطلب أن يصدر الحكم بإجماع المحكمين ولا تجيز أن يكون لأى محكم رأى فردى (م ١٨٤٤) لأن الإجماع هو الذى يعبر عن ارادة الطرفين . ويجوز لأى طرف أن يعزل محكمه مادام أن الحكم لم يصدر إلا إذا كان القاضى قد ضدق على تعيين الحكم فعندئذ لا يجوز لأى من أطراف التحكيم عزله (م ١٨٤٧) . بل إنه يجوز لأى طرف عزل محكمه حتى ولو كان الطرفان قد اتفقا على غير ذلك . إن التحكيم فى هذا الرأى أقرب إلى التوفيق منه إلى القضاء .

يد أن من الفقهاء من يرى أن التحكيم عقد صحيح وملزم بمقولة إن التفرقة بين العقود المسماة وغير المسماة فى الشريعة الإسلامية تفرقة رمان ومكان ،

فما ذكره الفقهاء القدامى من عقود لا يعدو أن يكون تعدادا لما كان معروفا في زمانهم وتعا فإن احكم على العقد من حيث الإلزام وعدمه الإلزام إنما يخضع للقاعدة العامة وهي أن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا يحل حراما أو يحرم حلالا . وليس في التحكيم — من حيث الأصل — ما يحل حراما أو يحرم حلالا . وتعا فإن مشاركة التحكيم عقد صحيح ولا يستطيع أطراف التحكيم التحلل منه إلا طبقا للقواعد العامة في العقود . وتلك على ما اعتقد كانت نظرة على بن أبي طالب في التحكيم بينه وبين معاوية إذ رفض أن يتحلل منه على الرغم مما يعاب على التحكيم من مثالب .

٢ — واتحاد عام آخر ينظر إلى التحكيم على أنه نوع من القضاء مستقل عن إرادة الطرفين وتعا فهو يعامل كحكم القاضي العادي من حيث الإلزام على الطرفين . وهذا الرأي ورد عن الشافعي ، كما ورد عنه ما يفيد النظرة التعاقدية كذلك .

ويشترط جمهور الفقهاء لسلامة التحكيم عدة شروط أهمها .

أ — أن يجري الاتفاق عليه من يملكون أهلية التصرف ، ومن ثم فلا يجوز لمن يسميهم الفقه بالهيجورين ، أي من لا أهلية لهم ، الاتفاق على التحكيم . وهنا يثور التساؤل عن الشخص المعنوي وهل يملك أن يبرم مشاركة للتحكيم ؟ لقد ناقشت مدرك الشخصية المعنوية في النظرية الإسلامية وأوضحنا أن جمهور الفقهاء لا يقر بالشخصية المعنوية وإن وجدت بعض تصورات لها وانتهيت إلى أن النظرية الإسلامية تتسع لمدرك الشخصية المعنوية . ومن ثم فالقول عندى أن الدول — كشخص معنوي — تملك أن تبرم مشاركة التحكيم مادام أنها تتمتع بالأهلية التي تسمح لها بذلك ، وفي قول آخر مادام أنها تتمتع بقدر من السيادة يؤهلها للقيام بذلك التصرف . ولعل مناقشة مدى شرعية الشخصية المعنوية أصبحت مسألة نظرية بعد أن اقرت تشريعات الدول الإسلامية فكرة الشخص المعنوي .

٢ - ان يكون هناك نزاع فعلا . ويثير هذا الشرط تساؤلا حول مدى سلامة شرط التحكيم الذي قد تتضمنه بعض العقود والمعاهدات ؟ . لم يهتم الفقه التقليدي بمناقشة هذه القضية ولعل عدده في ذلك أن اقتصاديات الحياة لم تكن تتطلب إدراج مثل هذا الشرط في العقود أو المعاهدات . ولكن بعض الفقهاء المتأخرين ذهبوا إلى بطلان هذا الشرط على أساس أنه غرر ، ذلك أن الأطراف المتعاقدة أو المتعاهدة لا تعرف وقت الاتفاق على الشرط ماذا سيكون عليه الحال بالنسبة لهم عند نشوء النزاع الذي يقرر الشرط أن يسوى عن طريق التحكيم . ومن ثم فإن الشرط يبطل ويبطل العقد صحيحا والمعاهدة صحيحة

وذهب آخرون إلى أن الشرط صحيح ولكنه غير ملزم ، وأولئك هم الذين يرون أن التحكيم أساسا صحيح ولكنه غير ملزم ، بيد أننا إذا أردنا أن ننتهي إلى الرأي الأكثر تمسشا مع منطق النظرية الإسلامية فإننا نحب علينا أن نناقش شرط التحكيم في محتوى أحكام الشروط في الشريعة الإسلامية .

لقد اختلف الفقهاء حول الشروط ومتى تكون صحيحة ومتى تكون فاسدة ومتى تفسد العقد كله ومتى يبطل الشرط ويبطل العقد صحيحا . وقد ناقشت ذلك وأنا بصدد الكلام على أحكام التحفظات في المعاهدات . والحق أن شرط التحكيم لا غرر فيه ولا مخاطرة فإن كل ما يستهدفه هو رسم طريق لإقرار الحق وتأكيده ، ولذا فاني اكتفى هنا بقول ابن تيمية وهو أن للشرط لا يكون فاسدا إلا إذا كان معارضا لغرض العقد أو محرما بنصر . ومن ثم فإن الشرط عند ابن تيمية يكون صحيحا ولو كان غير مناسب للعقد أو للمعاهدة . ويستند ابن تيمية في رأيه على عدم صحة الحديث الذي نسب إلى الرسول ﷺ من تحريم إبرام صفقتين في عقد واحد .

والواقع أننا حتى لو سرنا على أن الحديث صحيح فإن الغاية منه هي منع التحايل بأن تخفى إحدى الصفقتين فائدة مبنوعة ، ومن ثم فإن شرط التحكيم لا يندرج تحت حكم الحديث لأنه ليس صفقة داخل صفقة ، ثم إنه لا يخفى

فائدة محرمة وهكذا انتهى إلى سلامة شرط التحكيم الذي قد يتضمنه عقد
دوى أو معاهدة

٣ - ان يعين المحكم بالاسم وإلا فإن التحكيم لا يكون مدرما ويجب أن
تتوفر في المحكم الشروط المتضمنة في التقاضى وان يكون صالحا لأداء الشهادة
ويحس أن يكون عارفا بالشريعة ، ولكن هذا ليس شرطا جوهريا . ويستترف
كثير من الفقهاء أن يكون المحكم مسلما فإن كان المحكم أحيا حار للقاضى
المسلم أن يطرح تحكيمه حاشا ولا يلتزم به أو أن يرفض اعطاءه الصيغة
التنفيذية المذمومة لا سيما إذا كان مخالفا للنظام العام الإسلامى أو حسن
الاداب ويختلف الفقهاء حول حكم التحكيم وهل يعتبر حكما احيا
لا تنطق عليه احكام الشريعة الإسلامية .

وهناك رأى يقول بخوار ان يكون المحكم غير مسلم قياسا على احكام
التحكيم بين الزوجين قبل التفريق بينهما ذلك أن القرآن الكريم يقضى بأن
يعتد حكم من أهل الروح وحكم من أهل الروجة فلو أن الزوجة كانت غير
مسلمة فإن أهلها - ومهم المحكم - غير مسلمين ، ومع ذلك فإن هذا
التحكيم - كما أسلفت - تحكيم إلزامى . ويركز هذا القول - على سبيل
القياس أيضا - أن النظرية الإسلامية تحيز للمسلم المقيم في الخارج أن يشهد
غير المسلمين إذا كان في مرض الموت .

والقول عدى إلى رأى فى قبول غير المسلم محكما بين المسلمين يعتمد على
نظرتنا إلى طبيعة الحكم . فإن ذهبنا مذهب القائلين بأن التحكيم عقد حاز أن
يتفق الطرفان المسلمان على محكم غير مسلم . وإن اعتمدنا الاتحاد الذى يصف
التحكيم بأنه قضاء فإنه عندئذ يكون من الولايات العامة . ورأى الجمهور أنه
لا يجوز أن يتولى غير المسلم ولاية عامة على المسلمين لقوله عز وجل « ولن
نجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (النساء / ١٤١) كما أن جمهور
الفقهاء على أن ولاية المسلم على غير المسلم ولاية عامة لاتصح ولا تثبت . وتبعاً
فلا يجوز أن يكون المسلم محكما بين غير المسلمين . ولكنى على فرض مسأرة

هذا الرأي — أركى مقاله الكمان من حوار أن يتولى المسلم التحكيم بين غير المسلمين لأنه رأى حسن لاتباه قواعد المذهب ، ذلك أن الولاية تثبت للمسلم على الكفار إذا كان سلطانا (بدران ابو العيين بدران — العلاقات الاحتجاجية بين المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية . الاسكندرية ١٩٨٤ ، ص ١٩٧) . كما لا ننسى أن رسول الله ﷺ كان هو المحكم الأعلى حتى بين غير المسلمين وذلك بأمر من القرآن . وإذن فالدولة الإسلامية يجوز لها — على رأى — أن تقبل تحكيم محكم أجنبي في نزاع بينها وبين دولة إسلامية ، ويمتنع عليها ذلك على رأى آخر . بيد أنني أرى كراهية أن تقبل الدولة الإسلامية محكما غير مسلم فيما يثور بينها من خلافات بل وحتى فيما يثور بينها وبين دولة غير إسلامية إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورة ملحة حتى ولو سايرنا القول بأن التحكيم ذو صفة عقدية . ويبدو أن هذه الضرورة قائمة الآن بالنسبة للتحكيم الذي يكون أحد أطرافه دولة غير إسلامية ، لاسيما إذا كانت الدولة المخالفة من الدول الكبرى ، وذلك بسبب الظروف التي تمر بها الدول الإسلامية في عصرنا الحاضر .

فإذا قبلنا المحكم غير المسلم فإن حكمه لا يعتبر أجنبيا إلا إذا كان بين غير المسلمين .

ويبدو أن النظرية الإسلامية تفرق في هذه القضية بين القضاء والتحكيم فتشدد في عدم حوار تقليد (الذمي) للقضاء ، وتتساهل في حالة التحكيم . وحكم (الذمين) في شئونه الخاصة التي تتعلق بمعاملاتهم تفترض من قبل التحكيم لا القضاء . غير أن الأحناف أجازوا تقليد الذمي القضاء بين (الذمين) والمستأمنين — دون المسلمين — وقالوا إن أهلية القضاء بأهلية الشهادة (محمد سلام مذكور — القضاء في الإسلام ، ص ١٢٤) .

ويطبق المحكم — في النظرية الإسلامية — الأحكام التي يراها مناسبة ولكن هذا لا يعنى تحرره من أحكام النظام الإسلامي كلية . وعليه أن يسبب حكمه وإن كان التفصيل في أليست ليس متطلبا .

وحكم الخكم نهائى وملرم وذلك استنادا إلى ارادة الطرفين عمد من يرون أنه تعاقدى واستقلالاً عمد من يرون انه نوع من القضاء ، وأثر الحكم قاصر على طرفيه .

وينحور أن يعاب على الحكم مايعاب على العقد (كالمخطأ) عمد من يقولون بأنه تعاقدى ومايعاب على القضاء عند من يقولون بأنه قضاء . وأقف عند هذا الحد من الكلام على التحكيم توخياً للإيجاز كى لا أتجاوز إطار هذا السفر ، وأترك المرید من التفصيل لمراجعته إذا أراد الباحث أن يستزيد :

1- Meyer- Les Associations Musulmanes, Annales a L'ecole Libre des Sciences Politiques, 1885.

2- Moured, M.- Elude de droit Musulman et db DB droit Courumier, Berbere, Ancienne Maison Basride, Jordan, 1931.)

٣ — ادب القاصى للماوردى .

٤ — المعنى لابن قدامه .

٥ — معين الحكم للطرابلسى .

٦ — نهاية المحتاج للرملى .

٧ — تبصرة الحكم لابن فرهوم .

٨ — رد اختار لابن عابدين .

٩ — الوجيز للغزالى .

١٠ — رسالة الدكتوراه التى قدمها عمر القاضى للجامعة بباريس / ١١ بعنوان

L'Arbitrage international enter le droit musulman: et le droit Fransais et Egyptien.

١١ — مقال باللغة الانجليزية أعده عبد الحميد الأهدب بعنوان The Muslin

Arbitration منشور فى Arab Comparative and Commercial law

Law ، ج ١ ، لندن سنة ١٩٨٧ ، ص ٣٢٣ — ٣٨٩) .

استطراء · الحيل في الفقه الإسلامي ·

« الحيل » مصطلح يعرفه أكثر من فرع من فروع المعرفة : فهو في العلوم العسكرية يعنى المكان . وأول كتاب إسلامي أُلّف في الحيل هذا المفهوم كان كتاب الحيل للحرري الشنغري وقد رُفِعَ مؤلفه إلى الخليفة المأمون . وهناك عدة كتب أخرى تعالج الحيل من الزاوية الخيرية لعل أكثرها شهرة — بين القدامى — « التذكرة المروية في الحيل الخيرية » لعل بن أبي بكر الخروزي ، وكتاب الحيل في الحروب وفتح المدائن وحفظ الدروب وهو كتاب مسلم غير معروف . وإن سب أحيانا إلى الإسكندر المقدوني وتستند مشروعية تلك الحيل إلى قول الرسول ﷺ « الحرب خدعة » .

كذلك عرف علم الميكانيكا عند المسلمين باسم « علم الحيل » لكثرة ما تحتويه مناهجهم الهندسية من حيل علمية . ومن أهم الكتب التي ألّفت في هذا الباب من الدراسة كتاب الحيل لموسى بن شاكر وكتاب في معرفة الحيل الهندسية لأبي الرزار الجرجاني .

والحيل — في الدراسات الخنائية — هي حيل الشحادين والنصايين — والمؤلفات في هذه الأمور قليلة ، أذكر منها كتاب اختار في كشف الأسرار للحافظ فقيه الكثير من تلك الحيل .

ولكن الحيل التي تستهم دراستنا هي الحيل الفقهية أي الحلول الذكية التي يستعان بها لتحقيق غايات يصعب تحقيقها إذا اتبعنا الحلول المباشرة التي تزودنا بها الشريعة العراء . ولذا فقد ارتأت زمرة من الفقهاء أن أخرج من هذا الحرج لا يتأتى إلا بالخروج على تلك الحلول المباشرة بغية تحقيق النتيجة المرجوة والمثل يوضح ما أقول : تحرم آيات القرآن الفائدة الربوية تحريما قاطعا ولكن هناك في الوقت ذاته حالات خاصة تفس فيها الحاجة للتعامل بالفائدة في المعاملات التجارية . ولذا فقد نحاول نفر من الفقهاء لإشباع تلك الحاجة دون الخروج على النصوص وتذرعوا لذلك بعدة حيل أشهرها هي قاعدة « بيعة ببيعة » . ومن صيغ تلك القاعدة — على سبيل البيان — أن يقوم المدين المنتظر ببيع

سلعة نقدا إلى الدائن المنتظر سعر معين ثم يقوم الدائن المنتظر مباشرة ببيع السلعة ذاتها إلى المدين المنتظر سعر أعلى ولكنه مؤجل . فهنا نحن أمام عقدي بيع صحيحين يعقدان طبقا للأحكام الشرعية ولكن الفرق بين السعريين يمثل الفائدة المطلوبة . ولذا تسمى هذه الصفقة باعخاطرة أو المعاملة ، وقد كثرت تلك العادة في المدينة منذ عهد مبكر تتعاصر بداياته مع ماله .

ويمثل فقه الحيل هذا نظرة واقعية تريد أن تربط حاجة الناس العملية بأحكام الشريعة النظرية ، ذلك أنها تقوم عادة على عدة صفقات كل منها شرعى في ذاته ولكن تصل في مجموعها إلى نتيجة غير التي قد نصل إليها لو أننا طبقنا الأحكام المباشرة في النظرية الإسلامية . ولذا فقد علب على الناس — عندما يلجأون للحيل — أن يرموا كل صفقة من الصفقات المرتبطة في وثيقة منفصلة . بيد أن هذا قد يسمح لأحد الأطراف بأن يستفيد من هذه الوثائق المتعددة على نحو يخالف ماأراد الطرفان التوصل إليه من جمعها ، ولذا حرت العادة على أن تودع الوثائق لدى شخص ثقة ومعها وثيقة غير رسمية توضح العلاقة المصلحية التي يستهدفها الطرفان من وراء تلك الوثائق محتمة ، وعندئذ يحرص الوديع على عدم تمكن أى من الطرفين من تجاوز الغرض المشترك فيسلم كلاهما الأوراق التي يحق له استخدامها في مرحلة بيعها من العلاقات المتبادلة بحيث لايمكن الآخر من إفساد الصفقة .

كذلك فقد تستخدم الحيل لتفادى الالتزامات التي يرتبط بها أصحابها تحت القسم أو التي يتعهدون بها بإبراده فردية اعتمادا على تسلسل وقائع معينة . ولعل هذا الاتجاه يرتبط بموقف الفقه من تفسير الأحكام المتعلقة بهذه الأمور تفسير مضيقا أو نصيحة بعض الفقهاء بأن ينحو الناس منحى استخدام الألفاظ الغامضة التي تختمل عدة تفسيرات . ويعتمد اصحاب هذا المذهب على قول لعمر « إنه في معرض الكلام لا مندوحة عن الكذب » ، أى استخدام التعبيرات غير الواضحة . بيد أن هناك حديثا ينسب للرسول ﷺ بأن الكذب حسب كذبا إلا في حالات ثلاث : إذا كذب المرء لإقامة السلم بين

الفرع الثالث

فى العرف

(وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا)

تعريف وتحديد .

يغيب عن انتباه الباحث فى النظرية الإسلامية أن أحكام العرف لم تلق من الاهتمام إلا الزر اليسير على الرغم من اقرار العلماء بعدة مصطلحات لها علاقة بالموضوع ، مثل العرف والعادة والتعامل وعموم البلوى .

والعرف لغة هو المعروف — وهو خلاف المنكر — وماتعارف عليه الناس فى عاداتهم ومعاملاتهم — واسم من الاعتراف ، يقال له على مائة عرفا ، وشعر عرق العرس ولحمة مستطيلة فى أعلى رأس الديك ، والمكان المرتفع ويقال عرف الجبل ونحوه لظهوره واعلاؤه وموج البحر والجمع أعراف . ويقال طار الطير عرفا بعضها خلف بعض وحاء القوم عرفا بعضهم وراء بعض والعرف الذى نقصد إليه هنا هو دليل ينبع من ارادة الشعب فهو صورة لممارسة الشعب لسلطاته التشريعية بطريقة مباشرة وذلك يقابل الاجتهاد السلطاني الذى هو ممارسة الحكام لسلطاتهم التشريعية ، فلا عجب إذن أن يقوى دور العرف فى المجتمعات التى يتسع فيها سلطان الارادة الشعبية ويضعف اضطرادا مع ضعف ذلك السلطان . ولذا نرى أن المشرع يفرض شروطا يتطلب ضرورة توافرها لقيام العرف ، وذلك فى محاولة للسيطرة على السلوك الشعبى ومدى قدرته على وضع القواعد القانونية . فهو يحدد للعرف موقعا يعمل فيه ومرتبة لا يتعداها فإن تجاوز ذلك كان نصيبه الرفض والالغاء . ونرى من الموازنة بين مركز العرف فى الفقه الإسلامى ومركزه فى القوانين الوضعية

أن العرف في الشريعة الإسلامية أودر حظا من العرف في النظرية الوضعية .
وإذا كان العرف قد تحي عن مكاته الأولى في بعض الدون لانتقال سلطة
التشريع من الشعب إلى ممتيه فإن العرف لارال له مكاته في النظرية الإسلامية
لأن إرادة الشعب اقوى فيها من إرادة الشعب في العقد العرفي .

ويعادل الفقه الإسلامي من حيث المفهوم القانوني بين مصطلحي
« العرف » « والعادة » على خلاف الفقه المعاصر الذي يطلق « العادة » على
الركن المادي للعرف ، أتى تكرار السبر على سلوك بذاته لفترة زمنية . وإلى
وإن اتبعت درب الفقه الإسلامي لأفضل أن يتبنى الفقه الإسلامي تلك التفرقة
فالعادة أعم من العرف والعرف نوع من العادة لأن العادة مأخوذة من العود أو
المعاودة بمعنى التكرار .

لقد جاء الإسلام وللعرب عادات وتقاليد فيها الصالح والعاسد وقد
احتلظت فيها بقية من شرائع سابقة ، والإسلام دين اصلاح نزل هداية الشريعة
والخروج بها من الظلمات إلى النور فهو لم يأت كي يقطع كل وتسيحة
بالحضارات الإنسانية أو ليهدم المدينيات السابقة وإنما جاء ليقود مسيرة التاريخ
الإنساني على الطريق القويم والمهيج المستقيم . ولذلك وقف الرسول ﷺ من
عادات العرب مواقف مختلفة فأقر بعضها وألغى أخرى كما عمد إلى طائفة ثالثة فأبقى
أصلها وعدل رسمها . فهو مثلا هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاحا خطب فيه
المرأة إلى وليها ويقدم لها خاطبها صداقا ثم يعقد أمام شهود بقصد إغلاؤه .
وابقى نظام القصاص في القتل بعد أن أذهب عنه عنت الجاهلية ، ذلك أن
ماتعارفه الناس ولم يكن فيه حكم مقرر يوزن بميزان المصلحة بعيدا عن الأهواء
والشهوات ، وبمقدار مافيه من منافع أو مضار يباح أو يمنع . ولذا نجد أن
رسول الله نهى عن أشياء نهيا عاما ولما وجد لقومه عادات تخالفها في بعض
أفرادها استشى موضع العادة ورخص فيه دفعا للحرص كبيع السلم والترخيص
في العرايا ، وهكذا فتح الباب لملائمة هذه الشريعة للحياة .

أقسام العرف .

قلت إن العرف هو ماتعارفه الناس وساروا عليه في غالب قوهم ومعلنهم .
ولذا فإن العرف قد يكون عمليا — ويعادل التقضاء المسلمون بيه وبين
العادة — أى ماتعارف الناس على عمله . وقد يكون قوليا — أى ماتعارف الناس
على قوله . والعرف في صورته إما عام أى يجرى بين أهل البلاد جميعا في زمن
بعينه ، وإما خاص أى قاصر على منطقة محددة أو بلد بداته .

والعرف العملى العام هو ماتعارف عليه أهل البلاد جميعهم عمليا كارتداد
بعض الأماكن العامة مثل المقاهى والحدائق — دون استثناء . والعرف العملى
الخاص يختص بالناس في أماكن محددة كتعارف بعض العوائل على أن يهين أهل
العروس طعام الفطور للعروسين .

والعرف القولى العام مثل استخدام لفظ الطلاق في معنى إيهاء الرابطة
الزوجية مع أن الطلاق في أصل اللغة يعنى رفع القيد . والعرف القولى الخاص
ما كان خاصا بصف من الناس مثل لفظى القوة والطاقة فإن لكل منها مدلولاً
عند علماء الثرياء يخالف مدلولهما اللغوى .

وقد لعب العرف — كما أسلفت — دورا كبيرا في حياة الأمم لاسيما في
عصور البداوة الأولى ، ولكن أهميته بدأت تتضاءل مع الاتجاه إلى تدوين
القوانين كما تراجعت أهميته نسبيا عند العرب بظهور الإسلام إذ سبت شريعتهم
أساسا على القرآن والحديث . بيد إن العرف لازالت تنطبع بصماته على عدة
بواح من الشريعة الإسلامية فبعض النصوص الشرعية تقرر أعرافا مستقت
الإسلام فتبت عبارتها أو دلالتها فوجب عندئذ الرجوع إلى تلك الأعراف
لأجل تفسير النصوص واستجلاء معانيها . ولعل السنة التقريرية هي التي
فاحت للأعراف باب النفاذ إلى التشريع الإسلامى إذ أن سكوت الرسول ﷺ
على بعض عادات وفعال تجرت بعلمه دون الاعتراض عليها أو منعها يجعل من
تلك العادات القديمة جزءا من العادات الإسلامية .

كذلك دخل العرف أحكام الشريعة عن طريق اجتهاد الفقهاء في مسائل لم يوجد نص يمنعها أو يغيرها . مثل ذلك أن الإمام مالك اعتبر عمل أهل المدينة — أى العرف المتبع فيها — اجماعا كافيا ودليلا شرعيا عند عدم النص .

هذا في شأن الاعراف العربية القديمة ، فمادا عن الاعراف والعادات التي استحدثت بعد ظهور الإسلام والتي قابلها العرب في مناطق فتوحاتهم الممتدة أو برزت في العالم الإسلامي في عصور لاحقة ؟ إن الحكم فيما اعتمد هو جواز تقبل تلك الأعراف والعادات عند عدم وجود النص المخالف أو المبدأ المانع وسيل تقبل تلك الاعراف هو الاجتهاد بضوابطه العامة كالقياس والاستحسان والمصالح المرسله والاستدلال ولذا اعتمد فقهاء المذاهب جميعا القاعدة الكلية « العادة محكمة » أى ان العادة تعد بمنزلة الحكم لإثبات الحكم الشرعى . وقد روى البخارى في صحيحه أن القاضى شريحا قال للغزاليين — في عهد عمر بن الخطاب « سنتكم بينكم » أى اتبعوا ماتعارفتم عليه في معاملاتكم . والدليل على اعتبار العرف في الشريعة ، ثبت من أن الرسول أقر بعض ماتعارفه العرب إذا كان منه مصلحة راجحة . ومن العلماء من يستند إلى ما رواه الإمام احمد في مسنده مرفوعا عن عبد الله بن مسعود أنه قال « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » ، ومنهم من يرفع هذا النص إلى الرسول .

وجاء ذكر المعروف في التنزيل الحكيم في عدة مواقع منها قوله تعالى « تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (آل عمران / ١١٠) وقوله تعالى عز وجل « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف » (آل عمران / ١٠٤) وقوله جل شأنه « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والحفاظون لحدود الله » (التوبة / ١١٢) .

لقد وضع فقهاء المذهب — لاسيما الحنفية — قواعد حكمية عديدة في هذا الباب ولو انهم نقلوا معظمها عن فقهاء الشافعية .

وقد تبنت المجلة العدلية بعض تلك القواعد واخص منها بالذكر « المعروف

عرفا كالمشروط شرطا « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » . « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » . والحق إن العادة لها اثر كبير في تعبير الأحكام الشرعية ولذا ذكر القرافي المبدأ الثاني في رسالته « إن جميع أبواب الفقه محمولة على العوائد . إذا تغيرت الأحكام في تلك الابواب » . ويدعى أن ذلك المبدأ إنما يطبق على الحكم الشرعى الذى يستنبطه الاجتهاد ، أما اذا كان هناك نص فى القرآن أو فى صحيح الحديث فلا محل لعادة أو عرف . فلا غرو إذن أن تعتمد جميع المذاهب القاعدة الكلية أن « العادة محكمة » .

حجية العرف فى النظرية الإسلامية :

العرف يكون صحيحا ويكون فاسدا فالصحيح هو الذى لا يخالف نصا شرعيا أو أصلا من أصوله أو قاعدة من قواعده ، أما الفاسد فهو ما خالف الشريعة بأى وجه من الوجوه كتعارف أهل بعض الدول على الرقص رجلا وساء فى حلقة واحدة فى بعض المناسبات .

ويقر أئمة الفقه الإسلامى للعرف الصحيح المعتبر به بحجية كدليل ثانوى على الأحكام الشرعية ، وهكذا روى العرف فى عصر الاجتهاد على النمط الذى سلكه الرسول ﷺ ووضع الفقهاء له الضوابط كما اضطروا غيره ، وكتب المذاهب تعالج العرف تقعيذا وتفريعا . يقول القرافي « ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العادات والمصالح المرسله وسد الذرائع ، وليس كذلك . أما العرف فمستترك بين المذاهب ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك فيها » . ويقول السرخسى فى مبسوطه « إن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ، ولأن فى النزاع عن العادة الظاهرة حرجا بقيام » (ج ١٣ ، ص ١٤) . ونظرا لما للعرف من منزلة بين أدلة الأحكام شرطوا فى المجتهد أن يكون عالما بأعراف الناس (السرخسى — المبسوط ، ج ١٦ ، ص ٦٢) .

ويصرح ابن عابدين فى رسائله بمثل هذا فيقول « ولهذا قالوا من شروط الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة بعادات الناس » (مجموعة الرسائل ، ج ٢ ص ١٢٥) .

ولذا لم يأنف الفقه الإسلامي التقليدي من اقرار أعراف وعادات غيرهم من الأمم مادام أنها لا تتنافى مع الإسلام . « فهذا أبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الزرع إذا أصابته جائحة فاتلفت فإن الخراج الموظف يسقط عنه ، فلقد كان كسرى يضع عن الزارع من الخراج بقدر ما يصيب زرعه من جائحة نزلت به ... والامام مالك قد خصص قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة) بالعادة فاستثنى المرأة الشريفة التي تنضرر بالارضاع فقال إنها لا ترضع ولدها » (محمد مصطفى شلبى — الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ٩١) .

العرف ليس دليلا أصليا :

الحق أن النظرية المدققة لا بد أن تنتهى إلى أن العرف فى النظرية الإسلامية ليس دليلا شرعيا مستقلا لأن العرف إنما يبنى على مراعاة الضرورة أو الحاجة الملحة أو دفع الحرج والمشقة والتيسير فى مطالب الشرع وقد يحل عند الضرورة محل النص الخاص وقد يكون حكم العرف أو ما جرى عليه تعامل الناس مختصا للنص أو مقيدا لإطلاقه أو مفسرا لألفاظه . والعرف مرجع يسترشد به الفقيه للوصول إلى ما يشده من حكم فى أمور لا نص فيها (نظام الدين عبد الحميد — مفهوم الفقه الإسلامى) بيروت سنة ١٩٨٤ ، ص ١٤٢ — ١٤٣) .

ومن ثم فقد رفعت العرف من بين أدلة الاحكام الأصلية عند تعداد الأدلة . وهنا نلاحظ فارقا جوهريا بين النظرية الإسلامية والنظرية الغربية لأن العرف فى النظرية الغربية يلعب دورا رئيسا بين أدلة الاحكام — وقد أوردته م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية ضمن الأدلة الرئيسة على أحكام القانون الدولى فى حين أنه دليل ثانوى فى النظرية الإسلامية . وفرق آخر ان قاعدة الملاحق ينسخ السابق لا تسرى على علاقة العرف بالمعاهدة ، فى الرأى الذى اعتمدته على تفصيل أوردته فيما بعد .

وليس هذا هو الفارق الوحيد بين النظرية الإسلامية والنظرية الغربية فى

مدرك العرف ، بل هناك فارق آخر ذلك أن أغلب الفقه المعاصر يطلق العادة على الركن المادى للعرف أى تكرار السبر على سلوك بذاته فإذا اقترن هذا الركن المادى بعقيدة أن السلوك أصبح ملزماً فإن القاعدة تصبح عرفاً على خلاف النظرية الإسلامية التقليدية التى تماثل بين العرف والعادة فى الرأى الغالب . إن التسوية بين العادة والعرف تعنى أن النظرية الإسلامية تكتفى فى تكوين العرف بالركن المادى فحسب ، وذلك هو ما تقول به إحدى مدارس الفقه الدولى المعاصر ولكن البعض يرى أن العادة أعم من العرف فهو نوع منها لأن العادة هى نوع من المتكرر مأخوذ من العود أو المعاودة بمعنى التكرار فإذا فعل إنسان فعلاً من الأفعال وتكرر منه حتى أصبح يسهل عليه إتيانه وشق عليه تركه سمي ذلك عادة له . ولذلك قيل إن العادة طبيعة ثانية . وكما يكون تعود الشيء من فرد يكون من الجماعة وتسمى الأولى عادة فردية أما فى الثابتة فعادة جماعية . ولا يصدق العرف إلا على النوع الثانى ، فإذا اعتاد بعض الناس شيئاً لا يسمى ذلك عرفاً قواعدياً بل لا بد لتحقيق ذلك من اعتياد الكل أو الأغلب لا فرق بين علمائهم وعوامهم وبهذا يفارق العرف الاجماع . (راجع مصطفى شلبى — المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ، ١٩٦٢ ، ص ١٣ — ١٤) . ويبدو أن فهم العرف بمعنى العادة يقترب كثيراً مما قاله الفقه الرومانى عن العادة .

ويعمل القاضى بالعرف فى ثلاثة مواضع :

(أ) فى الامتناع عن سماع الدعوى أى لا يسأل المدعى عليه ولا يطلب جوابه عن الدعوى إذا اقترنت بما يكذبها حسب العرف أو العادة .

(ب) الحكم بمقتضى الألفاظ العرفية (العرف القولى) وحمل صيغة الدعوى على ما يفهم عرفاً طبقاً لقاعدة : كل من له كلام يحمل كلامه على عرفه . فلو تنازع البائع والمشتري مثلاً على ما يتبع الأرض وهل يدخل فى البيع أم لا حكم القاضى لمن يقف العرف إلى جانبه لأن العرف يكون عندئذ قرينة شاهدة لصالحه .

(ج) ترجيح من له العرف عند النزاع وعدم البينة لأن العرف يعزز في هذا الفرص جانب من يشهد له العرف فهو الظاهر إلى أن يثبت العكس . ومن هذا إذا اختلف رجلان على سفينة فيها سلعة ما فادعى كل منهما السفينة وما فيها فالسلعة تكون لمن يعرف منهما بالاتجار فيها والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح .

أحكام العرف :

ذكرت من قبل أن العرف يرجع في غالب صورته إلى المصلحة التي دعت إليها الحاجة ولذا فإن مرتبته بين الأدلة مرتبة المصلحة . ويترتب على هذا ثلاثة أحكام رئيسة .

أ — تبنى عليه الأحكام ولذا تتغير الأحكام التي بنيت على العرف إذا ما تغير العرف . « من ذلك ما روى عن أبي حنيفة أنه كان يقول إذا غصب إنسان ثوبا وصبغه بلون أسود فللمالك أن يضمه تقصانه وخالفه صاحبه فقلنا إن المالك مخير بين أخذ الثوب وضمان الزيادة للغاصب . فأبى حنيفة يرى أن صبغه بالسواد ينقص قيمته وصاحبه ذهب إلى أنه يزيد بها كصبغه بأى لون آخر ، فهذا الاختلاف أرحعه الفقهاء إلى اختلاف العرف ، فقد كان الصنع بالسواد في عهد أبي حنيفة ينقص قيمة الثوب لأن بنى أمية ما كانوا يلبسون السواد فكان مذموما ، والعباسيون كانوا يلبسون السواد فكان ممدوحا في عصرهم ، ومن هنا زادت قيمة الثوب بصبغه باللون الأسود » (محمد مصطفى شلبى — الفقه الإسلامى ، المرجع السابق ، ص ٩٤) .

ب — إذا تعارض العرف مع النص خصصه ، والامر هنا يحتاج إلى شيء من التفصيل اذكره فيما بعد .

تفسير الأحكام :

والعرف المعتبر هنا هو العرف الصحيح شرعا أى الذى لا يخالف نصا وإلا كان عرفا باطلا وبدعة في النار . ومن ذلك العرف المعتبر شرعا ان الله أوجب

نفقة الزوجات بقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » فالآية أوجبت هذه النفقة بقدر الوسع ولم تبين مقدارها فقدرها بعض الفقهاء وتركها آخرون للعرف . ويستطيع أن نقول إن الذين قدروها لم يخاوروا العرف لأهم راعوا عرف زمانهم في تقديرها . ولما أوجب الشارع قطع اليد في سرقة المال من حرزه لم يبين حد الحرز بل وكله إلى عرف الناس ... ومن ذلك أيضا أن الشارع أثبت الخيار للمشتري إذا وجد بالبيع عيبا . ولما كان هذا العيب يختلف باختلاف أنظار الناس لاختلاف رغباتهم ، كما يختلف باختلاف أثره في الشيء وقيمته وكله جمهور الفقهاء إلى العرف حتى عرفوه بأنه نقيصة موجهة لنقص قيمة الشيء في عرف أهله الذين لهم خبرة فيه ... وفقهاء الشافعية حينما اعتبروا خيار المجلس . وفي بطون كتب الفقه في المذاهب المختلفة كثير من الأحكام المطلقة المفوضة إلى العرف مما اتفق عليه الفقهاء أو اختلفوا فيه » (محمد مصطفى شلبي — الفقه الإسلامي — المرجع السابق ، ص ١٠٢ — ١٠٥) .

ويقول الشاطبي في موافقاته « لا بد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري عاداتها حال التنزيل من عند الله والبياد من رسوله لأن الجهل بها موقع في الاشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة » (ج ٣ ، ص ١٥١) .

ج — يعتبر العرف — كما أسلفت — قرينة مرجحة عند التنازع في الحقوق فإذا اختلف الأب وابنته فيما ساقه من متاع إلى بيت زوجها فقال الأب هو عادية وطالب برده وقالت هو هبة وامتنعت عن الرد حكم العرف بينهما . ولكن الشافعية ينكرون الترجيح بالعرف . هذا هو عمل العرف في الإسلام . انشاء وتفسير وتطبيق وترجيح ، لم يقف وراء أسوار النصوص ، بل دخلها أو أدخلها لعمل معها بقدر ما أعطى من سلطان ، فهو يعتبر — بحق — نافذة من نوافذ الفقه الإسلامي التي يطل منها على حياة الناس الواقعية ، فيسلط عليها الأضواء لتبهر الطريق للسائرين كيلا تلتوى بهم السبل ، ولتميز الخبيث من

الطب ، فإذا ما انكشفت الحقائق أقر بها الصالح السافع وألغى الفاسد الفسار .

وهناك سؤال يفرض ذاته هو . ما القول لو أن حكم النص كان مبنيا أصلا على عادة قديمة ثم تغيرت تلك العادة أبقى الحكم على الرغم من ذلك على ما هو عليه أم أن العادة الجديدة تعدل منه ؟ .

إن أول ما يتبادر إلى الذهن هنا هو أنه لا مسوغ للاجتهاد في مورد النص لأن النص أقوى من العرف ، ومن ثم يجب اتباع النص ، وهؤلاء هم فقهاء مدرسة الحجاز والشافعية بيد أن أبا يوسف ذهب مذهباً آخر فارتأى وجوب اتباع العادة الجديدة وعلى رأيه بأن العادة كانت هي المنظور إليها والنص عليها ما كان في ذلك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم . وهذا هو الفهم الذي أقرته المجلة العدلية ، وشرح ذلك « أنه تبدل الأعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العرف والعادة » . والمثل المستمد من أبي يوسف هو النص المخلص ببعض البيوع . فالحديث الشريف يقول « البر بالبر كيلا يكيل والشعير بالشعير كيلا يكيل » . ولكن العادة تغيرت فأصبحت تلك الأشياء من الموزونات وقد كانت من المكيلات في عهد الرسول ﷺ . فهل يبيعها بالرطل أو الطن يبيع باطل أم صحيح ؟ أجاب أبو يوسف استحساناً بأن هذه العادة الجديدة واجبة الاتباع ومن ثم فقد صحح البيوع بالوزن ، كذلك جواز تعجيل الأجرة قبل استيفاء المفعة . وإذن فالعادة عنده هي بمثابة الشرط لتطبيق النص . فلما تغيرت العادة أصبح الشرط مفقوداً وصارت للعادة الجديدة .

ومن قبيل ذلك تغير حكم الدية في عهد عمر فبعد أن كانت تجب على العاقلة (أو العائلة) في بعض الأحيان ، أصبحت في عهد عمر على أهل الديوان بعد أن تغير العرف لأن قوة المرء ونصرته كانت في سابق الزمان بقييلته وانتقلت النصره — إثر تنظيم عمر للجيش والدواوين — إلى أهل الديوان . ذكر ابن عابدين في رسالة بعنوانها « نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف » مثلاً لأبي حنيفة وصاحبيه فقد منعوا دفع الأجرة على تعليم

القرآن لأنه كانت للمتعلمين عطايا كافية في صدر الإسلام فلما انقطعت العطايا أجار المتأخرون دفع الأجر على ذلك لتعير العرف بانقطاع العطايا عن المعلمين في زمانهم . ويقول ابن خلدون في مقدمته « إن أحوال العامة والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر إنما هو اختلاف على مر الأيام والأزمان وانتقال من حال إلى حال » .

وحاء في كتاب قواعد الأحكام للعزيز بن عبد السلام — وهو شافعي — « إن التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وآخراتهم والله عنى عن عبادة الكل ولا تنفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين » .

ولدا يقول القرافي في كتابه (الفروق) « إن كل ما هو معروف في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة » .

ويقول القرافي أيضا في فروقه « فمهما تجدد العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك وأسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح والجمود على المقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » .

أركان العرف :

ولكن كيف يتكون العرف حسب النظرية الإسلامية ؟ قلت من قبل إن البخاري روى في صحيحه أن القاضي شريحا في عهد عمر بن الخطاب قال للغزاليين « سنتكم بينكم » أي اتبعوا ما تعارفتم عليه في معاملتكم . والذي يهمى هنا في قول شريح هو وصفه للعرف بأنه سنة ذلك أن السنة هي الطريقة « ومما سمع الناس أن يؤمنوا إذ جاءهم الهدى ويستغفروا ربهم إلا أن تأتيهم سنة الأولين » (البكهف / ٥٥) . وفي قول آخر فإن عبارة شريح تدل على أن العرف لا يكون عرفا إلا إذا سارت عليه الأمة حتى يصبح سنة .

والطريقة لاتصبح سنة إلا إذا توفر لها السير عليها لفترة من الزمن . ولذا يشترط القتهاء لأعتبار العرف .

(١) أن يكون مطردا في جميع المعاملات أو غالبا عليها أي أن يستمر العمل به في أغلب الحوادث إن لم يكن فيها جميعا فلو جرى التعامل به في بعض الحوادث وترك في البعض الآخر فلا يعتبر لتعارف العمل والترك (الأشباه والنظائر — ح ١ ، ص ١٨٥) . وقد يكون الاضطراد أو الغلبة عاما وقد يكون خاصا بمعنى أن الاضطراد قد يكون على المستوى العالمى أو المستوى الاقليمى .

(٢) وقد قدمت أن العرف ينبعث عن الضرورة ولكنه لا يصبح قاعدة أو حكما إلا إذا اعتمده الفقه اجتهادا . ولما كان الاجتهاد الفقهي أو القضائي هو الذى يكرس العرف لاعتبارات الضرورة أو الحاجة قلت إن العرف ليس دليلا مستقلا . ولا يعتمد الفقه إلا إذا كان لايحل حراما ولا يحرم حلالا ، وهو يعتمد مساعدا في القياس إذا كان في أمور تحسينه ويخرج به عن القياس إذا كان يعكس ضرورة أو يمثل حاجة اجتماعية ، وبذا يصبح إجماع الأمة — أى العرف — عن طريق هذه الشكلية الاجرائية حكما شرعيا . وقد قل الغزالي والشافعى إجماع الأمة في الرئيسات وتركها أمر التفاصيل لاجتهاد المجتهدين .

(٣) ويجب أن يكون العرف موجودا عند التصرف ولذا يقول صاحب الأشباه والنظائر « العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ولذا قالوا « لآعبرة بالعرف المتأخر » (ج ١ ، ص ١٣٣) . أى أنه يلزم أن يكون موجودا قبل وجود الواقعة التى يحكم فيها بموجبه أو أن يكون مقارفا لها في الوجود لأنه لا اعتبار للعرف الطارىء بعد الواقعة وتستوى في هذا كل أنواع العرف .

وتبعاً فلو أن دولتين أنشأتا تصرفاً من التصرفات ثم ثار نزاع بينهما فإن العرف الذى يحكم هذا التصرف ويكون فيصلا فيه هو ماكان موجودا عند

التصرف لا ما حدث بعد ذلك (الأشباه والنظائر - ج ١ ، ص ١٣٣) .

ولكن تستثنى من تلك القاعدة حالتان :

١ - إذا كان النص حين وروده مبنيا على عرف عملي قائم . وقد اختلف الفقهاء حول ذلك الفرض وهل يعتبر النص في هذه الحالة نصا عرفيا يمكن أن يتغير بتغير ذلك العرف . وقد انفرد أبو يوسف برأى يذهب كما قلت إلى أنه إذا تبدل العرف تبدل حكم النص ، وأنا أحبذ هذا الرأي .

٢ - إذا كان النص معللا بعلة ينفىها العرف الطارىء عاما كان أو خاصا سواء كانت العلة مصرحاً بها أم مستتبهة ، لأن الحكم الشرعى يدور مع علته يوجد إن وجدت ويتنفي إن انتفت ، فإذا اقترض شخص مبلغا معينا من نوع معين يمكن اعادته من غير هذا النوع مادامت قيمته النوعية واحدة لجريان العرف على ذلك ولا يعتبر ربا .

٣ - عدم وجود اتفاق يخالف حكم العرف ، فإذا وجد اتفاق على خلافه فالعبرة بالاتفاق لا بالعرف لانه لاعبرة للدلالة في مقابل التصريح ، أى - كما يقول المحدثون - لاعبرة بالنية المضمرة إزاء النية الصريحة .

٤ - ألا يخالف العرف نصا شرعيا عاما أو خاصا بحيث يترتب على العمل تعطيل النص . وفي هذا الأمر تفصيل ذلك أن العرف قد يكون قائما وقت ورود النص وقد يحدث بعد النص . كما أن العرف - باعتبار معناه اللغوى - قد يكون مقررا للفظ وقد يكون قاضيا عليه . والأمر يختلف في هذا بين العرف اللفظي أو القولي وبين العرف العملي .

فإذا كان العرف لفظيا أو قوليا وسابقا وعارض النص العام اللاحق فإن النص يفسر على ضوء معناه العرفي - سواء كان عرفا عاما أم خاصا - ولا يفسر على معناه اللغوى ، ما لم تكن هناك قرينة مانعة من ذلك .

أما إذا كان العرف عمليا وكان عرفا عاما فقد اختلف فيه الفقهاء فالأحناف يرون أنه يخص النص العام أى أن النص يطبق فيما عدا الأمر الذى جرى به

العرف . وهذا طبعاً لا يعطل النص بل يعمل بالنسبة والعرف معا ، كل في مجاه .

أما إذا كان العرف العمل عرفاً خاصاً — أى سائداً في مكان دون آخر أو لدى صنف من الناس دون الصنف الآخر — فإن ماعليه المذهب عند الحنفية هو أنه لا يقوى على تخصيص العام غير أن المتأخرين من مشايخهم قالوا يتخصص به ، وهذا هو ماعليه محققو المالكية . فإذا كان العرف الغالب على البلد — مثلاً — هو أن ينصرف لفظ الطعام إلى البر وحرم الشارع الربا في الطعام فإن التحريم يقتصر عند الحنفية على البر ويعم عند الجمهور كل الطعام . وحق أن لكل من الرأي وجهته ولذا أرى أن يطبق أى الرأي يكون أكثر تحقيقاً للمصلحة العامة على هدى من ظروف كل حالة لحالتها . على أننا يجب أن نلاحظ أن العرف لا يختص إلا بالنصوص الظنية ومن ثم فإن العرف لا يختص بالنصوص القطعية . قد يعترض على ذلك بأن مالك خصص آية « والوالدات يرضعن أولادهن » بالعرف مع أنها قطعية الدلالة ويرد على ذلك بأن الآية قطعية الثبوت ولكنها ظنية الدلالة لأن الناس اختلفوا في الرضاع هل هو حق واجب أم وواجب عليها واللفظ يحمل المعنيين لأنه لو أراد التصريح بكونه على الأم لقال وعلى الوالدات ارضاع أولادهن (تفسير القرطبي — ج ٣ ، ص ١٦١) .

فإذا كان التعارض بين نص و عرف ورد بعده فالأمر بين احتمالين : (١) ألا يمكن رد العرف الثارىء المخالف إلى نص شرعى وعدئذ يجب رد العرف لأنه مظنة نشر الفساد واستحداث المحرمات . (٢) أن يمكن رد العرف إلى نص شرعى بحيث لا يكون مخالفاً للنص مخالفة مطلقة وإنما تكون مخالفة في بعض أفرادها ، وهنا يصح العرف ويعتبر مخصصاً للعام ويترك به القياس إذا دعت حاجة الناس إليه ، وهذا ما يطلق عليه الاستحسان عند الحنفية والمالكية .

أما إذا وافق العرف النص الشرعى فإن النص هو الذى يعتبر في هذه الحالة وليس العرف إذ كلما للعرف الموافق هو أنه تأييد وتوكيد . فالكفاءة في الزواج

مثلا كانت عرفا عند العرب قبل الإسلام وقد ركاهما الحديث الشريف « ألا لايزوج النساء إلا الأولياء ولايزوجن إلا من الأكفاء » وهكذا تطابق العرف والنص ولكن الاعتبار يكون للنص ولو أن العرف سبق النص .

وإذا تعارض العرف مع نص اجتهادى وكان الاجتهاد مبنيًا على الإباحة الأصلية يكون الحكم للعرف سواء سبق الاجتهاد أم حصل بعده لأن العرف دليل الحاجة وهو بمنزلة الاجماع عند عدم وجود النص .

أما إذا كان الاجتهاد مبنيًا على ضرورة أو مصلحة أو عرف آخر أو كان سدا لذريعة :

أ — فإن كان سابقا على الاجتهاد وجب على المجتهد أن يأخذه بعين الاعتبار لأن القياس يترك بالعرف ، فإن رأى المجتهد على الرغم من ذلك الافتاء بما يخالف العرف فلا يكون ذلك إلا لأنه أهدر العرف إذ لم يعد محققا للمصلحة التي هي مناط العرف كما أسلفت .

ب — وإن كان لاحقا على الاجتهاد فهنا فرضان : أن يكون العرف مبنيًا على اعتبارات عرفية وهنا يعدل العرف الذي تغير من الاجتهاد السابق ، وإن كان الاجتهاد قد بى على اعتبارات أخرى فإن العرف المتأخر لا يعتد به لأنه لم يكن قائما وقت صدور الفتوى . ولكن البعض يقدمون العرف في هذا الفرض لأن العرف دليل الحاجة ولا يعارضه نص خاص ولا عام مباشرة .
فإذا أردت أن تطبق هذه القواعد على المعاهدات أقول :

(١) على مدنبى المعاهدات أن يأخذوا الحكم القائم وقت إبرام المعاهدة بعين الاعتبار .

(٢) إذا انتهوا على الرغم من ذلك إلى الاتفاق على حكم مخالف للعرف فإن نص المعاهدة هو الذى يطبق لأننى أسلفت أن العرف الذى يخالف اتفاقا لا يعتبر .

٣ — وإذا نشأ العرف بعد إبرام المعاهدة فإن البعض يقدمون العرف لأنه دليل الحاجة . وهو بمثابة اجماع واجتهاد الجماعة شبه يقينى أما الاجتهاد

الفردى فهو ظنى وشبه اليقيني أقوى من الظنى ، ولذا فإنه يغلب عليه .

ولكى أرى أن المعاهدة تمثل اجتهدا سلطانيا . وللسلطان — فى سبيل تحقيق مصلحة المسلمين — أن يغفل العرف ويضع مايراد من أحكام تؤمن الصالح الإسلامى . ومن ثم فإن أحكام المعاهدة هى التى يؤخذ بها سواء سبق العرف ابرامها أم لحقه . ولكن يجوز إن كان نص المعاهدة عاما أن يخصص طبقا لمذلول العرف السابق أو اللاحق عليها .

أما إذا كانت المعاهدة تكرر نصوصا شرعية فإن العلاقة بينها وبين العرف تحكمها القواعد الأصولية التى استلقتها فى شأن تعارف العرف مع النص . بيد أن تغلب الاجتهاد السلطاني لا يجرد العرف من قيمته كلية . إذ يجوز أن يعتبر استطراد العرف لاحقا على المعاهدة فى شأن مسألة من المسائل الهامة التى تنظمها المعاهدة بمثابة تغير فى الأوضاع والظروف ويسمح للمتضرر بأن يطلب تعديل المعاهدة أو الغائها — حسبما يقتضيه رفع الضرر — وعندئذ تطبق أحكام نظرية تغير الظروف والأوضاع ولا تطبق قواعد الأصول التى تتكلم عن أن اللاحق ينسخ السابق وأن الخاص يخصص العام . وقد يكون لهذا مايزكيه فى قوله تعالى « وأمر بالمعروف وأعرض عن الجاهلين » (الأعراف / ١٩٩) . إذ يمكن أن نفهم صيغتها على أن العرف يعتبر من النظام العام فى النظرية الإسلامية لأنها تفرض علينا — كما فرضت على الرسول — أن نأمر بالعرف . ولكن هذا التعميم غير دقيق ويحتاج إلى نوع من التشذيب لأن العرف — كما قلت من قبل — دليل ثانوى وليس دليلا أصليا وتبعاً فلا يؤخذ به حيث يترتب على الأخذ به ابطال العمل كلية بالنص وتبعاً فإننا نصدع للأمر الذى يقصد به أن نأمر بالمعرف حيث لا نص ولا حكم . ثم إن العرف قد يكون له تأثير على النصوص الظنية ولكن لا اعتبار له حيال النصوص القطعية . كذلك يجب أن نفهم قاعدة « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » على أن العرف إنما يطبق بأثر فوري وليس بأثر رجعى كما أنه لا يعدل من المشروط إلا فى حدود ، فهو بمثابة

شرط تكميلي لا يغلب على النص الأصلي إلا إذا كان النص الأصلي قد نى على اعتبارات عرفية أو بان من صياغته أن الطرفين قصدا إلى أن يكون للعرف تأثير على ضغط علاقتهما القانونية. ويطلب لي ها أن أشير إلى مقاله ابن عابدين في رسالته عن العرف « ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا لزم منه المشقة والضرر بالناس ، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام ، ولذا نرى مشايخ المذهب يخالفوا مانع عليه اجتهد في مواضع كثيرة ناهيا على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أحذا من قواعد مذهبه » .

يبد أن هذا لا يكفي إذ هاك شرط عام لا بد من توافره في العرف حتى يصبح سنة ، بحسب تعبير عمر بن الخطاب . والطريقة لا تصبح سنة إلا اذا توفر لها ركن مادي ، وهو السير عليه لفترة من الزمن ولذا يشترط الفقهاء لاعتبار العرف ان يكون مطردا في جميع المعاملات أو غالبا عليها فلو أجرى التعامل به في بعض الحوادث وترك في البعض الآخر فلا يعتبر لتعارض العمل والترك (الاشباه والظواهر — ج ١ ، ص ١٨٥) .

ومن ثم فإن العرف يتكون في النظرية الإسلامية بما يتكون به في رأى فريق مرجوح من فقهاء النظرية المعاصرة — إذ لا يشترط توافر الركن المادي والمعوى حتى تصبح القاعدة غير المكتوبة قاعدة عرفية . اما وقد ثبت عندى ان العادة والعرف دليل ثانوى من أدلة القاعدة القانونية فإنى أرى أن العرف — كما يتكون داخل الدولة — فإنه يمكن أن يتكون في علاقة الدول بعضها ببعض الآخر بالمواصفات ذاتها التى يتكون بها العرف الداخلى مع فارق واحد وهو أن أطراف العرف في الداخلى هم أشخاص القانون الداخلى ، أما اطراف العرف في القانون الدولى الإسلامى فهم اشخاص القانون الدولى .

وإذن فالعرف في قانون السلام الإسلامي هو سنة الدول التي تسير عليها سيرا مضطردا. ولما كانت الدول اشخاصا معنوية فإن تكون العرف وتوفر الصفة الملزمة له لا يكفي فيه مجرد التواتر بل إن ذلك يقتضي تجمع الشروط التالية :

١ - أن يصدر التصرف عن الجهاز المختص في الدولة حتى تتوفر للجهاز الصفة التمثيلية التي يصلح أن يعبر بها عن إرادة الدولة .

٢ - أن يكون التصرف تبادليا . ومن ثم فإن التصرفات المتماثلة التي تأتيها الدولة من جانبها وحدها لا تكون عرفا ولا تقيد تلك الدولة . والتبادل هنا يجب أن يرد على تصرف نمطي يصلح أن يكون قاعدة قانونية دولية . ولكن هل يلزم في التبادل أن تكون الواقعة إيجابية أم يمكن أن يجرى التبادل كذلك بشأن القواعد السلبية ؟ القاعدة الأصولية هي ألا ينسب لساكت قول إلا في حالات محددة على وجه الحصر . بيد أن هذه القاعدة الخاصة بالعلاقات الفردية تحتاج إلى بعض التنسيق في القانون الدولي عندما نتعامل بها مع الدول ، ذلك أن ولي الأمر عندما يتعامل باسم الدولة الإسلامية — وكذا رئيس الدولة الكتابية — يجب ألا يسكت أيهما عن ضيم وتبعا فإن سكوته أو سكوت الدولة لا يصلح أن يؤخذ دليلا — إذا ما تكرر — على قيام العرف إلا إذا تعلق الأمر المسكوت عنه بكيان الدولة وبقائهما فعندئذ يمكن أن يأخذ معنى الموافقة والقبول إذ يصعب في وضع كهذا أن نجرد الموقف السلبي من كل معنى .

والتبادل هنا لا يكون عرفا إلا إذا كانت أطرافه دولاً إسلامية أو كتابية أما سلوك الدول المشتركة فلا يعتبر في تكوين العرف بينها وبين الدولة الإسلامية إذ لا توجد بين الدولة الإسلامية والدولة المشتركة من العلاقات ما يسمح بتكوين قواعد قانونية غير مكتوبة لأن تكوين قواعد من هذا القبيل يدخل في باب التوادر الذي لا يستحب بين الدولة الإسلامية والدول المشتركة (قل إن كان أبائكم وبنائكم وأخوانكم وأزواجكم وعشيرتكم وأموال اقترفتموها وتجارة تخشون كسادها ومساكن ترضونها أحب إليكم من الله ورسوله وجهاد في سبيله فتربصوا حتى يأتي الله بأمره والله لا يهدي القوم الفاسقين » . (التوبة /

وحكم العرف كما قلت يتوقف على صحته وفساده ، فإن لم يخالف نصا ولم يصوت مصلحة ولم يخلب مفسدة كان صحيحا يعتد به في شرعية الاحكام . وإن كان غير ذلك كان فاسدا لا يلتفت إليه ولا يعتد به . « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن » (المؤمنون / ٧١) .

والعرف بمعناه السالف يفترق كما قلت عن الإجماع — بمعناه الشائع — من حيث أن الإجماع يتطلب اتفاقا جماعيا في حين أن العرف قد يكون خاصا ، ثم إن الإجماع يفهم عند التقليديين على أنه إجماع الفقهاء المجتهدين أما العرف فيتحقق بما يتعارفه الناس ، عالمهم وجاهلهم .

هذا فضلا على أن الإجماع — في قول بعض التقليديين — متى انعقد لا يتغير حكمه أما العرف فمتغير غير ثابت ويمكن أن أقول — كقاعدة عامة — إن الأصل في العرف المتصل بشئون الدنيا هي الصحة ما لم يقم دليل على العكس ، والأصل في العرف المتعلق بشئون الدين هو عدم الصحة إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ولست حاجة إلى أن أقول إن هذه الدراسة تتعلق أساسا بشئون دنيوية .

وكل ذلك طبعا رهن بألا يكون ولي الأمر قد ارتأى — لصالح الأمة الإسلامية التي يسأل عنها — أن يأخذ بحكم يخالف للعرف وعدئذ تجب طاعته مادام أنه يسخر سلطانه في حدود ما أمر الله به أو رده إليه . ولكي استحسن ألا يخرج الإمام عن العرف — في الحالات التي يكون العرف فيها واجب المراعاة أصلا — إلا في أضيق نطاق وسعيا وراء دفع مضرّة أو طواعية . لضرورة ملجئة لأنه استثناء والاستثناء يقدر بقدره ولا يتوسع في اثبات حطره .

العرف في العلاقات الدولية :

قلت إن العرف الدولي قد يكون إقليميا وقد يكون عالميا وكذلك الأمر في النظرية الإسلامية . ولا احسبني مبالغا إذا قلت إن العرف الدولي — في

النظرية الإسلامية - هو أساس من أسس العمران الاجتماعى وعمود من العمود
المصممة التى تقوم عليها العلاقات الدولية « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا »
(الحجرات / ١٣) ، اى لتحكم الأعراف علاقاتكم .

والعرف الإقليمى فى النظرية الإسلامية قد يكون عرفا حاريا بين الدول
الإسلامية بعضها والبعض الآخر وقد يكون عرفا معمولا به فى علاقات الدول
غير الإسلامية كل بالأخرى . وقد يكون عرفا ساريا فى علاقة الدول الإسلامية
أو بعضها ببعض الدول غير الإسلامية . أما العرف العالمى فهو عرف يطبق على
العلاقات الدولية أيا كانت أطرافها . فأى هذه الأعراف تقرها النظرية
الإسلامية ؟ .

تعتبر النظرية الإسلامية أن العرف دليل ثانوى على الأحكام شريعة ألا يخل
حراما كتحليل الربا أو إجازة أكل أموال الناس بالباطل ، وألا يخرم حلالا
كتحريم استخدام الشيكات التجارية فى دفع ثمن بعض السلع كالذهب
والفضة . ومن ثم فإن العرف أيا كانت أطرافه وأيا كان موضوعه يمكن أن
تقبله النظرية الإسلامية ولا غضاضة فى ادراجه ضمن أحكامها مادام أنه يحقق
مصلحة ولا يعارض نصا فى الكتاب أو الحديث . وفى قول آخر فإن بعض
الأعراف التى استقرت فى النظم الدبلوماسية والقنصلية نتيجة سلوك الدول
غير الإسلامية يمكن أن تقرها ضمن أحكام النظرية الإسلامية مادام أنها
لا تتعارض مع مبدأ عام أو تناقض حكما من النظام الإسلامى العام . وحجتى
فى ذلك هو قوله سبحانه وتعالى « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » .
فالخطاب فى هذه الآية الكريمة موجه للناس كافة ، والانشطار إلى شعوب
وقبائل جائز على مختلف الشعوب بغض النظر عن عقائدها وتنظيم العلاقات
فيما بينها على أساس الأعراف ولم ينحصر فى أن يرد بحكم العرف نص فى
القرآن أو الحديث ولكنه مطلق العرف . وعندما يطلق مفهوم اللفظ فإنه فى
رأى الجمهور لا يحتمل التخصيص إلا بدليل ومقتضى هذا أن الله قد خلق
الناس وكتب عليهم أن يتوزعوا فى شعوب وقبائل وبين حكمة ذلك ألا وهى

أن تنشأ بينهم أعراف تحكم ما قد يجرى بينهم من علاقات — ولما كان في معنى العرف المنطق وسلامة الفطرة ، ولما كانت مبادئ الشريعة السمحاء وأنماطها تضبط السجية المنطقية والسرعة الفطرية فإن مقتضى ذلك أن العرف الذي تقصد إليه الآية الكريمة — مع إطلاقها — هو العرف الذي لا يخل حراما ولا يجرم حلالا .

وهكذا فإن الأعراف — في حدود ما أسلفت — يمكن أن تنظم العلاقات الدولية فتطبق الأعراف الإقليمية داخل أقاليمها وتسرى الأعراف العالمية على العلاقات الدولية بمشمولها الأعم .

ولا مرء في أن العرف سواء أكان محليا أم دوليا يجب أن يستوى الشرائط التي أسلفتها ويقابل الضوابط التي أتيت بها مسبقا . ولذا قلت آنفا إن العلاقة بين النظرية الدولية الإسلامية والنظرية الدولية المعاصرة علاقة تكامل فيما لا يخالف نصا في الكتاب أو حكما في الحديث . وهكذا نجد أن عمرا يتبنى أحكام النظم المالية الفارسية في تنظيم بيت مال المسلمين .

يؤيدني أيضا فيما أقول المبدأ الأصولي « يعمل في الإسلام بفضائل الجاهلية » ، ذلك أن الاستفادة من هذا المبدأ هو أن الفضائل التي استقرت عليها البشرية — ولا تكون فضائل إلا إذا لم تخالف نصا قرآنيا أو حديثا نبويا — يمكن أن يعمل بها في الإسلام . ولذا يقول تعالى في محكم كتابه « أولئك الذين آتيناهم الكتاب والحكم والنبوة فإن يكفر بها هؤلاء فقد وكلنا بها قوما ليسوا بها بكافرين . أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده قل لا أسألكم عليه أحرا إن هو إلا دكرى للعالمين . وما قدروا الله حق قدره إذا قالوا ما أنزل الله على نضر من شيء قل من أنزل الكتاب الذي جاء به موسى نورا وهدى للناس تجعلونه قراطيس تبدونها وتخفون كثيرا وعلمتم ما لم تعلموا أنتم ولا آباؤكم قل الله ثم ذرهم في خوضهم يلعبون » (الانعام / ٨٩ — ٩١) ويقول أيضا « قل صدق الله فاتبعوا ملة إبراهيم حنيفا وما كان من المشركين » (آل عمران / ٩٥) .

ولا ننسى ونحن بصدد هذه المبادئ أن الأصل في الأحكام هو الإباحة كما يقول الأصوليون ، وفي ذلك تفصيل الخصة بانجاز في السطور التالية .

استطراد - الأصل في الأشياء :

قلت إن العرف الشرعى مشروط بالألا يحل حراما أو يحرم حلالا . وهنا لنا أن نتساءل ماهو الأصل في الأشياء أهى الإباحة أم التحريم ؟ وذلك أنه إذا كانت الإباحة هى الأصل فإن التحريم لا يكون إلا بنص صريح أو باجتهاد سديد .

ويرى المعتزلة وابن حامد والقاضى أبو يعلى من الحنابلة أن الأصل في الأشياء هو الحظر والمنع . وقال بعض الشافعية إن الأصل في الأشياء النافعة هو الإباحة والأصل في الأشياء الضارة هو التحريم . وذهبت زمرة إلى أننا يجب أن نتوقف إلى أن يقوم الدليل .

ولكن المختار عند الجمهور هو أن الأصل في الأشياء الإباحة . فإذا اشتبه الأمر اعتبر حراما أخذاً مبدأً سد الذرائع . وقال الرسول ﷺ « من اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالرعى بحول الحمى يوشك أن يرتع فيه » .

والحرام عند الحنفية :

- (١) حرام لذاته لما فيه من ضرر ذاتى أو مفسدة ذاتية .
- (٢) حرام لغيره وهو مايكون فى أصله مشروعا ولكن اقترن به عارض اختص تحريمه كالبيع وقت النداء للصلاة .
- والغاية من المنع فى حالتى الحلال والحرام واحدة .

فذلكية :

والآن دعونا نلقى نظرة هادئة على العرف أو العادة ، أليست هى مانجمع عليه الامة ؟ فهل يعقل أن تجمع أمة محمد على ضلال وإلا كان معنى ذلك —

حاشا لله — إجماع في الخروج على الدين . ومن ثم فإن الأحاديث التبريكية التي تكلمت عن إجماع الأمة لا تعنى في نظري سوى الأمة بمعناها المطلق ذلك أن القاعدة الكلية — وقد وردت في المجلة العدلية — تقرر أن « المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد » دليل التقييد بصا أو دلالة » . وعندى أنه لا دليل على تقييد مفهوم الأمة في مدلول تلك الأحاديث بأنها الملأ من الفقهاء ، لأن الرسول أطلق اللفاظ — مثل الناس والأمة ولم يخصصها في الفقهاء فحسب كيما توجه للناس جميعا — عالمهم وجاهلهم — فقال أنتم أعلم بشئون دنياكم . وقد أسمى شعب المدينة بالأمة . ومن ثم فإن الإجماع عندى ليس هو إجماع العلماء كما ذهب الفقه التقليدى — بل هو إجماع الناس الذى يتشخص في عادة أو عرف . أما إجماع الفقهاء — في صورته المتعددة فهو — كما أسلفت — اجتهد فقهي جماعي . على أننى لا أجرد العرف أو العادة من الجهد في استنباط الحكم وهو جهد تضبطه ضوابط الاجتهاد كغيره من طرق الاجتهاد . بيد أن الناس يستمدون تلك الضوابط بما حبلوا عليه من فطرة وما وقر في بشرتهم من سجية ، فهم يعيشون ويستحسنون ويستدلون بوعى فطري وعقلية جماعية . وهكذا أنتهى — كما قلت من قبل — إلى أن الدليل الوحيد على أحكام الشريعة هو الاجتهاد على اختلاف في المجتهد : فقد يكون المجتهد فقيها وقد يكون قاضيا وقد يكون ولي الأمر، والعرف من وراء ذلك معين ومساعد . ولذا فإن القاعدة أن على المجتهد أن يجعل العرف نصب عينيه فلا يحيد عنه كما أن على القاضي أن يطبقه ويبنى قضاءه عليه (عبد العزيز العلي النعيم — اصول الاحكام الشرعية ومبادئ علم النظم — الرياض ١٣٩٧ — ١٩٧٧ ص ٧٧) .

مبحث ملحق

فى

النظرية الإسلامية والقانون الرومانى

١ - الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى :

يشير نفر من المستشرقين قضية علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى وتختلف مواقفهم من هذه القضية . فمنهم من قال بأن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى ومنهم من نفى ذلك ومنهم من التزم موقفا وسطا فارتأى أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت فى بعض أحكامها فحسب بالقانون الرومانى .

ويبدى الفقهاء المسلمون حساسية بالغة حيال تلك القضية ويبدلون الجهد الجهد لى أية صلة بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى وإثبات أصالة الأحكام الإسلامية وتفرد مفاهيمها .

وكان المستشرق الايطالى دومنيكو جاتسكى هو أول من زعم أن الشريعة الإسلامية تدين فى جوهرها للقانون الرومانى (Gatteschi, Dominico- Manuale di Diritto Pubbico et Privato Ottomano, Alessandria, 1865, p. 45.).

ويعتبر جولد تسهير مثلا للمستشرق المتغالى فى انكار أية أصالة للشريعة الإسلامية والاستهانة بما خلفه العرب من تراث . فالاسلام فى نظره هو نتيجة تأثيرات مختلفة تكون بعضها باعتباره تصورا أو فهما أخلاقيا للعالم وباعتباره نظاما قانونيا وعقديا حتى أخذ شكله النهائى ، ونظامه الفقهى الدقيق يشعر بتأثره بالقانون الرومانى . وفى نظره العمياء — أن تبشير النبى العربى ليس إلا مزيجا منتخبا من معارف وآراء دينية عرفها أو استقاها بسبب اتصاله بالعناصر اليهودية والمسيحية وغيرها التى تأثر بها تأثرا عميقا .

ولا يقل شاحته عن حوله تسهير عنتا في تصويره للشرعية الإسلامية
فالعنم التشريعي الإسلامي في رأيه لم يتكون إلا في أواخر العهد الأموي وبعد
أن فتحت الحضارة الإسلامية أبوابها لمن أسلم من غير العرب الذين يعود إليهم
العصل في نقل ما عرفوه من المبادئ والأحكام القانونية إلى الإسلام لأن أحكام
الإسلام كانت تفتقر قبل ذلك إلى المواصفات التي تجعل منها أحكاما قانونية
بالمعنى الصحيح (Schacht, Joseph- Esquisse d'une histoire du Droit
Musulman, Librairie Orientale et Americaine, Paris, 1952, pp. 9 à 24).

أما ثالثة الأثافي فهو لامبير الذي يقول إن الفقه الإسلامي لم يكن نتيجة
طبيعية للنبوغ العرفي وإنما كان مستوردا من شعوب فارس وبلاد الشام
Lambert, Eduard- La Fonction du droit civil comparé, Giard et Brière,
Paris, 1903, p. 356).

ولا أرمع هنا أن أعرض لهذه القضية بالتفصيل فذلك يمكن وحده أن
يستغرق جهد هذا السفر لا سيما وأني أرى الحد الذي دار بين الفريقين —
المستشرقين والمسلمين — ينسم بخماس صرف الجميع عن أن يتوخّجوا إلى لب
القضية وحوهر الدعوى . ولو أنهم تدبروا كتاب الله لوحدوا فيه الحجة السالفة
والأدلة الدامغة ولما كلفهم ذلك جهدا ولا عناء . ولذا فإني أعرض لما قاله
الفريقان في إنجاز بالغ .

يستند المستشرقون الذين ذهبوا إلى أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت — على
خلاف بينهم في مدى التأثير — بالقانون الروماني إلى العديد من الحجج التي
أسردها إجمالا فيما يلي ومعها تعليق الكتاب المسلمين :

١ — كانت الصلات التي قامت بين العرب والرومان — وبخاصة الصلات
التجارية — سببا في أن تأثرت الأنظمة العربية قبل الإسلام بالقانون الروماني
فانتقلت بعض الأنظمة الرومانية إلى الحياة العربية الجاهلية (ت . ج . دي
بور — تاريخ الفلسفة في الإسلام ، ترجمة محمد عبد الهادي أبو ريدة ،
القاهرة ، ١٩٣٧ ، ص ٤٢) .

وينجيب المسلمون بأن الداوة ظلت هي السمة الغالبة على معظم سكان شبه الجزيرة فحالت دون أن تتفاعل الحياة العربية مع حضارات الأمم المخالفة . ولم يعبر من ذلك قيام العساسة في الشمال لانهم كانوا على غير دين العرب ولغتهم فلم يصلحوا معبرا لنقل أحكام القانون الروماني إلى الجزيرة العربية . ثم ان الصلات التجارية اقتضت على رحلة الصيف من كل عام وعلى عدد محدود من قريش كانوا هم المشرفون على تلك الرحلة . ومثل هذا الاتصال المحدود زمانا ورحالا لا يمكن الاستناد إليه في تأكيد أن النظم القانونية في جزيرة العرب قد تأثرت بالنظم القانونية الرومانية .

٢ — يذهب بعض المستشرقين أمثال دارست (Dareste, R.- Etude d'histoire du droit, Paris, 1889, t.I, p. 54) ولامبير وبلودين (James Baldwin- Dichonary of Philosophy and Psychology, Peter Smith, Gloucester, Mass., 1957) إلى أن اليهود والنصارى كانوا واسطة نقل بعض مفاهيم القانون الروماني قبل الإسلام إلى العرب وقد أدى هذا بدوره إلى أن تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني بطريقة غير مباشرة لان الإسلام أقر بعض النظم القانونية التي كان العرب يشايعونها قبل الإسلام .

ويرد المسلمون ذلك بأن يهود الشام كانوا أقل استجابة للحضارة الرومانية لأسباب الفريسيون منهم ولعل العكس هو الصحيح فقد تأثر القانون الروماني بالتنظيم والقواعد اليهودية لاسيما خلال العصر البيزنطي (صوفي حسن أبو طالب — بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مكتبة النهضة ، القاهرة ، ص ٦٣) .

ثم إن قلة من العرب هي التي كانت تدين باليهودية لاسيما بعد حملة الأحباش عليهم في أوائل القرن السادس الميلادي . والامر كذلك بالنسبة للنصارى فإن عدوهم كان محدودا فضلا على أن مسيحي نجران كانوا من اليعاقبة وليس من النساطرة ولذا فإن صلاتهم مع الأحباش كانت أقوى منها مع الرومان (على سامي النشار — نشأة الفكر الفلسفي الإسلامي — دار

المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٥ ، ص ٦٧) . (واليعقوبية مذهب يسب إلى يعقوب البردعاني ويقوه على أن الإنسان والله قد اتحدا في طبيعة واحدة هي السيد المسيح وكان منتشرا في عسك وسائر قبائل الشام . أما النسطورية فمذهب ظهر في القرن الخامس الميلادي ويتنسب إلى نسطوريس (الذي رُفِي إلى اسقفية القسطنطينية عام ٤٢٧) ويقول بأن المسيح ذو طبيعتين ففيه يوجد شخص الهي (الكلمة Logos) وشخص بشري ويتصل الشخصان كل بالآخر ويعملان في انسجام تام) .

هذا إلى جانب ان المراكز الثقافية المسيحية كانت بعيدة عن الجزيرة العربية إذ تركزت في الاسكندرية وانطاكية ونصيبين والرها وقد أصبحت للمسيحية هي الديانة الرسمية للامبراطورية فقط بعد أن اعتنق الامبراطور قسطنطين المسيحية سنة ٣١٢ وبهذا ازداد الاهتمام بالقضايا العربية وفرضت السريانية ذاتها تعاد اللغة اليونانية وما واكب ذلك من احياء للوعى القومى :

والجدير بالذكر أن الاهتمام باللغة اللاتينية في بلاد الشام اقتصر على الراغبين في دراسة المحاماة وأما الاهتمام باللغة اليونانية فقد اقتصرت في الراغبين في د. اسد الفلسفة .

وهكذا فإن القانون الرومانى — حتى في طابعه البيزنطى — لم يهيم على بلاد الشام فقد احتفظت شعوب تلك المنطقة بقوانينها وتقاليدها المحلية .

ويرى البعض أن النظام القضائى الرومانى الذى عم بلاد الامبراطورية البيزنطية (نظام البرينور) كان له أثره على فقهاء المسلمين . بيتا يذهب نفر ثالث إلى أن التأثير بالقانون الرومانى تحقق عن طريق مدارس القانون الرومانى التى كانت منتشرة في الشرق . ومن المستشرقين — امثال جولد تسهير (أجنس جولد تسهير — العقيدة والشرعية في الإسلام ، ترجمة محمد يوسف مرسى وعبد العزيز عبد الحق وعلى حسن عبد القادر . دار الكتاب المصرى . القاهرة ، ص ٤٧) من يزعم أن فقهاء المسلمين قد تعرفوا على القانون الرومانى عن طريق حركة الترجمة .

ويدفع المسلمون تلك الدعوى بأن القواعد التي احتواها القرآن والحديث قواعد أثبت أكثر من فقيه مسلم مدى تقدمها وتطورها بالمقارنة بالاحكام الرومانية المعركة في شكيليات عجزت عن ان تواكب مسيرة الزمن أو ان تعايش الأمور . ثم ان المجهود المسلم لا بد ان تتوافر فيه شروط منها التزامه اساسا بالمصدرين الاساسين : القرآن والحديث .

ولانس أن المدارس الفقهية الإسلامية نشأت في المناطق التي كانت خاضعة للحكم الروماني فمالك في المدينة وهناك تتلمذ الشافعي عليه . وأبو حنيفة في الكوفة ، وأحمد في بغداد ، أما الأوزاعي في الشام فكان من أهل الحديث وقد ضاعت آثاره ، كما ان مذهب الليث بن سعد في مصر لم يكتب له البقاء .

وقد ألغى الامبراطور بيزنطيوس سنة ٥٢٩ — أي قبل أكثر من قرن على الفتح العرفي لمصر والشام — كثيرا من مدارس الحقوق حفاظا على المجموعات القانونية التي اصدرها والمسماة مجموعة الحقوق المدنية Corpus Juris Civilis وتعرف ايضا بالعربية باسم مجموعة جستنيان (راجع الترجمة العربية في عبد العزيز فهمي مدونة جستنيان ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ١٩٤٦) . وتدفع تلك الدعوى بأن نظام البريتور ألغى سنة ٣٨٦ م (أي قبل ماينيف على اربعة قرون من ظهور الدعوى الإسلامية) .

وكان الرسول ﷺ ومن بعده ابوبكر هما قضاة الدولة فلما فصل عمر الولايات اصبح للقضاء ولاية متفرغون . كذلك لم يثبت تاريخيا أن قضاة أهل الكتاب قد طبقوا القانون الروماني .

- صحيح ان الدولة الإسلامية شهدت — منذ العصر الأموي — حركة ترجمة نشطة من اليونانية إلى العربية لا سيما على يد النصارى بصفة عامة والسريان منهم بصفة خاصة (مثل ابن كزومي وسرجيس الرسفي ويعقوب الرهاوي في العصر الأموي وحنين بن اسحق وابنه اسحق وقسطالي لوقا وثابت بن قره في العصر العباسي) وأن هؤلاء نقلوا من بين ما نقلوا بعض كتب

القانون مثل الكتاب المسمى « الكتاب السورى الرومانى » أو « قوانين
الأباطرة قسطنطين وتيودوسييانوس وليون » إلا أن نشاط حركة الترجمة
لا يعنى حتماً ولزاماً أن الفقه الإسلامى قد تأثر بما ترجم من القانون الرومانى .
ثم أن الكتاب الذى اشرنا اليه ترجم إلى العربية سنة ١١٠٠ ميلادية — أى بعد
مضى زهاء ثلاثة قرون على نضج الفقه الإسلامى واكتماله فإن أحدث المدارس
الإسلامية (المدرسة الحنبلية) ولد صاحبها ابن حنبل عام ١٦٤ هـ / ٧٨٠ م
وتوفى عام ٢٤١ هـ / ٨٥٥ م . فضلاً على أن فقهاء الرومان لا ذكر لهم فيما
خلفه الفقه الإسلامى التقليدى من دراسات (صوفى حسن أبوطالب —
المرجع السابق . ص ٧٥) .

وكذلك هناك فرق جوهري بين نظرة الفقهاء الرومان ونظرة الفقهاء
المسلمين للقانون . فالقانون عند الفقهاء الرومان هو مجمل القواعد التى تنظم
الروابط الاجتماعية وتفرصها الدولة على الناس ولو بالقوة عند الاقتضاء . أما
القانون الإسلامى فيعالج العلاقات من أى نوع كانت ويتدبرها سواء أكانت
علاقات مع الله أم مع الناس ، يدخل فى ذلك أشياء كثيرة كالصدقات على
الفتراء والزكاة والانظمة العائلية والشهد المدنية والاقتصادية والسياسية ...
وينتج من ذلك أن الشرع الإسلامى لم ينظر إليه كالشرع الرومانى أو القانون
المدنى — كأشياء ترسبت من الاجيال وتفتقت عنها قرائع عديدة ونجاءت بها
التجارب التاريخية لتسعب من الشعوب فعمله الأولى هو أن يصنف الأعمال
وفقاً لمفهوم الخير والشر المطلق » (هـى . أ . ر . جيب — الاتجاهات الحديثة
فى الإسلام ، ترجمة كامل سليمان ، منشورات دار مكتبة الحياة . ١٩٥٤ ،
ص ١٥٠) .

ويبدو الاختلاف بين التصورين — الإسلامى الرومانى — للقانون بمقارنة
مصادره وتقسيمات كل منهما ، فقد شملت مصادر القانون الرومانى — على بر
عصوره — العرف والعادات Jus majorum ، والتشريع الذى بدأ مع « قانون
الاثني عشر لوحاً » (٤٥١ / ٤٥٠ ق . م) ، والقرارات الصادرة عن

مجلس الشعب أو المجالس اأامة مثل Comitia Tributa ومجلس الشيوخ ، وخطط ومنشورات البريتور ، وقرارات ومنشورات الحكام ، والدساتير الامبراطورية المختلفة كدستور كاركلا (٢١٢ م) الذى منح سكان الامبراطورية الجنسية الرومانية ، والفتاوى واجتهادات المتشرعين Respons Prudentum ، ومؤلفات كبار المستشرقين مثل كونتس موشوس سكيفولا أو أفيليوس Ofiliys وألفينوس فاروس Al Fenus Faras وجايوس Gais وباتيانوس والبيانوس وبولص ومودسيتينوس .

وقد بعد القانون الرومانى فى مرحلة نضجه عن الدين واتصف — باستثناء الدور البيزنطى — بكونه قانونا عمليا يتحاشى النظريات أما الشريعة الإسلامية فمصدرها القرآن الكريم والحديث الشريف ومن هذين المصدرين يستمد الفقه الاحكام سالكا فى سبيل ذلك طرائق معينة مثل القياس والاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة والدرائع . وتتميز الشريعة الغراء بانها ذات غايات عملية تتصل بواقع المجتمع وليست تأملات فلسفية .

وقد قسم الرومان قانونهم على اربعة اوجه :

- (١) الحقوق المدنية والحقوق الدولية .
- (٢) الحقوق المكتوبة والحقوق غير المكتوبة .
- (٣) الحقوق العامة والحقوق الخاصة .
- (٤) حقوق الاشخاص وحقوق الاشياء وحقوق الدعوى .

أما الشريعة الإسلامية — وهى مستنبطة من القرآن والحديث — فتقسم الفقه إلى قسمين رئيسيين : العبادات والمعاملات . وقد تناول الفقهاء المسلمون المحدثون — وفى مقدمتهم الاستاذ الدكتور السهنورى — فى دراسات مطولة — بيان مدى اختلاف فلسفة القانون فى الشريعة الإسلامية عنها فى القانون الرومانى (انظر على سبيل المثال : عبد الرازق السهنورى — أصل الحق ، ستة اجزاء ، القاهرة) ، ولا مجال هنا للإطالة فى هذه النواحي واجتزأ بما اوضحه بين دقتى هذه الدراسة من مقارنات بين قانون السلام فى الإسلام وقانون السلام المعاصر .

رأى الخاص :

لا مرأى فى ان الشريعة الإسلامية قانون مصدره القرآن وأن الشريعة الرومانية قانون من صاغة الانسان وأن الدعوى التى تنكر على الشريعة الإسلامية أصالتها دعوى باطلة من أساسها ولاحتل فى ان كثيرا من الدرائع التى تقول بها المستشرقون درائع واهية الحجة ضعيفة المنطق وأن مادفع به الكتاب المسلمون فيه من الوحاجة مايقع بسلامة منطلقه ويزكى نبيل مقاصده ولكنا لاستطيع ان نقول فى موضوعية مجردة إن مقاله أى من الفريقين — المستشرقين والمسلمين — فى تأييد دعواه صحيح على اطلاقه أو خطأ فى كل تفاصيله .

فان اخفى المدقق لايمالك أن ينكر ان القانون الرومانى يعتبر فى نشوئه وتصوره مودجا لدراسة نشوء وتطور الشرائع فى العصور القديمة فلا عجب ان يقال إن روما فتحت العالم ثلاث مرات : مرة خيستها ومرة بينيها ومرة بقانونها وأن الفتح الأخير هو أبعداها أثرا (انظر Brissaud, Jean Baptiste- Cours d'histoire generale du droit Francais, Paris, Fontemoing, 1920. Vol. I., p. 192).

نقد مر القانون الرومانى — خلال تطوره — بمراحل ثلاثة :

(١) المرحلة الأولى وتبدأ بتأسيس مدينة روما عام ٤٥٧ ق . م وتنتهى بصدر قانون الألواح الاثنى العشر ٤٥١ ق . م ، وهى مرحلة الطفولة حيث ارتبطت قواعده بالتقاليد الدينية واقتصرت على الاحوال الشخصية وبعض المظن المدنية.

(٢) المرحلة الثانية وتبدأ مع صدور قانون الألواح الاثنى العشر وتنتهى ٢٨٤ وهى مرحلة النضوج فقد قننت من خلال تلك المرحلة الاعراف الرومانية فى قانون الألواح الاثنى العشر الذى يعد البناء الاساسى للشريعة اللاتينية إذ استقلت أحكامه المدنية عن الدين ولم يبق فيه من أحكام الدين إلا بعض

القواعد المتعلقة بالجنارات ويعني الاحكام الخاصة بالتقويم الدائري الضرورية لاجراءات التقاضي ، واصبح قانونا عاما للرومان دون غيرهم من سكان روما . وضهرت مبادئ قانونية سميت القانون القضائي — نتيجة تناسير الفقهاء وجهود البريتور . كما تكونت مبادئ وقانون التعريب بفصل مجهود البريتور المختص بقضايا الاحانب وطرات تطورات هامة بناء على قرارات — صدرت عن مجالس الشعب .

(٣) المرحلة الثالثة وتبدأ مع بدء حكم الامبراطور ديوكليسيانوس (٢٨٤ م) وتنتهي بانتهاء حكم الامبراطور يوستينيانوس (٥٦٥ م) . وتمثل هذه المرحلة الدور البيزنطي للقانون الروماني وخلالها انشطرت الامبراطورية الرومانية شطرين : الامبراطورية العربية وكانت روما هي عاصمتها أولا ثم مدينة ميلانو فمدينة رافينا ، والامبراطورية الشرقية وعاصمتها بيرنطة التي سميت فيما بعد القسطنطينية . وقد انتشرت المسيحية عبر هذه المرحلة فأصبحت دين الامبراطورية الرسمي ، وتحول نظام الحكم إلى حكم مطلق صريح وغدا الامبراطور هو المصدر الاوحد للتشريع ، وقد أضفيت الجنسية الرومانية — في هذه المرحلة — على سكان الامبراطورية جميعا وخضعوا تبعا للقانون الروماني وبدأت القوانين المحلية تتسرب إلى القانون الروماني مما دفع الاباطرة إلى جمع القوانين الرومانية في مجموعات رسمية وكان من أثر نشر تلك المجموعات أن ضعفت الحركة الفقهية .

وقد فتر القانون الروماني بعد ذلك باستثناء ماورد في مجموعة « مختار القوانين Ecloga Legum » التي اصدرها الامبراطور ليون الثالث (٧٣٩ م) معدلا فيها الكثير من القواعد التي تضمنتها مجموعة يوستينيانوس .

وظل الامر على هذا النحو إلى أن فتح العثمانيون القسطنطينية وبدأ عصر النهضة في اوروبا الذي كانت من بين سماته اهتمام العديد من البلدان الاوربية بدراسة مبادئ القانون الروماني واقتباس الكثير من مبادئه وقد أغراها على ذلك ماتمتع به تلك المبادئ من متانة وماتحتويه من فكر قانوني رفيع .

وما كان لقواعد القانون الروماني ان تبقى هذه الفترة من الزمن لولا قدرة الرومان انفسهم على الجدل الفقهي وخلق الافتراضات القانونية Fictions Legales ومرونة القواعد ذاتها وصلاحياتها لمطابقة الظروف ومعالجة الاحداث . وأمر مسطقي ألا يخلو ذلك القانون — وقد بلغ درجة عالية من الصوح — من بعض أحكام فطرية أو طبيعية تتفق مع فطرة الله التي فطر عليها الناس . وتلك ليست ميزة يتفوق بها القانون الروماني على غيره من القوانين لان فطرة الله التي طبع عليها الناس فطرة مستمرة متسلسلة ، ويدهى ان تستجيب إلى قواعد عامة تنظم علاقات الناس لا تتغير في عمومها بتغير الزمان والمكان . ولذا فإن قوانين البشر منذ بدء الخليقة تشترك في اقتباس تلك المبادئ وقرار هاتيك الاصول . « فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله » (الروم / ٣٠) . ووسيلة البشر إلى التعرف على تلك الاصول — التي هي سنن الفطرة أو القانون الطبيعي للناس — كما يفسر فقهاء الغرب — هي العقل . ومن ثم فان عقل الانسان — وهو قدرة من قدرات الله — قد يكشف عن تلك الاحكام باجتهاده وقد تنكشف بوحى من الله . والعقل في الحالتين — الاجتهاد والوحى — انما يتعرف على قوانين فطرية وقواعد طبيعية . فلا عجب اذن أن تحتوى الشريعة الإسلامية — وهي شريعة الفطرة — من المبادئ والاحكام ما يستجيب لتلك الفطرة ، وتبعا بما تتفق في بعضها مع قواعد سبق للعقل أن كشفها باجتهاده ، وفي قول آخر فإنه لاغربة أن نجد في النظرية الإسلامية بعض الاحكام والمبادئ الفطرية أو الطبيعية التي نجدها في القانون الروماني . ولكن بعض المستشرقين يتخذون من ذلك وسيلة مغرضة للتشكيك في الشريعة الإسلامية بزعم أن الشريعة الإسلامية بهذا قد تأثرت بالقانون الروماني واقتسبت منه تلك الاحكام والمبادئ . ويدللون على هذا الزعم بما سبق ان اوجزت من أدلة . وينعت الفقهاء المسلمون من هذا المنطلق ذاته لتفديد مزاعم المستشرقين . وهذا هو ماآخذه على الكثير من الكتابات الإسلامية ، ذلك ان تماثل الشريعتين — الإسلامية والرومانية — في بعض المدركات الفطرية العامة أمر يقره العقل ولا ينكره لأن الشريعة الإسلامية لم

تأت لكى تقطع علاقة المسلمين بمسيرة البشرية عبر القرون أو لتبدل بها حضارة غريبة إن أحكام الفطرة أحكام تعرفها البشرية منذ أن هبط آدم على الأرض ولاختلف فيها شريعة عن الأخرى فسا علمه الله لآدم من كلمات هي قواميس البشرية إن يوما هذا وبضرة هابيل التى تنكر جريمة قتله لأخيه لارالت هي البضرة التى تقوم بها كافة المجتمعات جريمة القتل « ولس تجد لسنة الله تبديلا » (الفتح / ٢٣) . ومن ثم فقد كان طبيعيا أن نلاحظ تماثلا بين الشريعة الإسلامية والشريعة الرومانية فيما هو حكم الفطرة وإلا لما كانت الحيفية السمحاء دين الفطرة . ولكى الذى ينفى عن شرعة الإسلام تهمة النقل ويرفع عنها زيف التقليد هو أنها تنزيل من رب العالمين ، وتلك حقيقة تثبتها البراهين وتؤكدها الأدلة تأكيد اليقين .

وأغلب الظن عدى أن جمهرة من خاضوا فى علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى إنما يخلطون بين مصطلحى « الشريعة » و « الفقه » ويتعاملون مع المصطلحين على أنهما بديلان ولذا فانهم يسيبون الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى وهم يقصدون فى الواقع سببه الفقه الإسلامى إلى الفقه الرومانى . ومع ذلك فإن القرآن الكريم لم يفته أن يعرض لتلك القضية وأن يهدمها من أساسها بحجة بسيطة فى مبناها دامغة فى معناها . يقول المولى عز وجل « ولقد علم أنهم يقولون إنما يعلمه بشر لسان الذى يلحدون إليه أعجمى وهذا لسان عربى مبين » (النحل / ١٠٣) وإذن فما يرده المستشرقون من أباطيل ليس من ابتداعهم وما يمزحون به من أقاويل ليس من افتراءهم وحدهم فمحاولات النيل من شرعة الإسلام بدأت مع نزول القرآن وتجددت عبر الأيام على لسان الحاقدين الكفار وإن تغيرت وسائل التعبير واختلفت أدوات التفكير « يريد الله ليعين لكم ويهديكم سنن الذين من قبلكم » (النساء / ٢٦) .

إن الدليل الذى قدمه الكتاب الكريم لا ينتمى إلى الغيبيات ولا يعتمد على الروحانيات وإنما هو دليل ملموس وحجة واقعية . إن برهان القرآن على أن

أحكامه هي شرعة الرحمن هو حبكة الصياغة ودقة العبارة وسمو الأسلوب ولذا تحدى الانس والجن — مذ قرأه خمسة عشر قرناً — على أن يأتوا بسورة من مثله ، وإن كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله « (البقرة / ٢٣) . فإن تقاعست جهود الناس عن قبول التحدى وعجزت قدراتهم دون المجازاة فإن ذلك التقاعس والعجز دليلان ماديان على أن الشريعة الإسلامية شريعة ربانية . وإذن فلا مجال بعد ذلك للزعم بأن الكتاب الذى انزله الخالق هو اقتباس من كتاب خطه المخلوق . وما احتواد القرآن الكريم من أحكام سبقت فيها شرعة الرومان هو تكرار لأحكام الفطرة التى كشفها الرومان بهدى من الله وعرفها المسلمون بوحي منه « يعلم ما بين أيديهم وما خلفهم ولا يحيطون بشيء من علمه إلا بما شاء » (البقرة / ٢٥٥) .

فكرية بلا جذور تضرب في تاريخ مضى وعصر سبق ، وإنما جاءت لتهدم ما لا يتفق مع الفطرة وتشذب ما يصلح منه للتشذيب وتستكمل ما افتقر إليه تلك الفطرة من أحكام تضعها على الطريق القويم . وتوجهها إلى الدرب السليم . ومن ثم فإن السؤال الصحيح الذى يضع قضية علاقة الشريعة الإسلامية بما سبقها من شرائع وقوانين هي : هل عرف العقل هذه الاحكام والقواعد عن الشريعة الإسلامية باجتهاده أم بوحي من الله . فإن كانت معرفة العقل معرفة اجتهادية فعندئذ لانستطيع أن ننكر احتمال أن يكون من وضع احكام الشريعة الإسلامية قد نقل عن الشريعة الرومانية ، أما إذا كان العقل قد عرف تلك الاحكام عن وحي الهى فإننا يجب ان نقر بأن هذا التماثل ليس من قبيل التأثير أو النقل وإنما هو صنع الله الذى اتقن كل شيء وخلق الإنسان وعلمه البيان فهو الذى علم الرومان وغيرهم تلك الاحكام بما ركبه فيهم من فطرة وهو الذى علمنا تلك الاحكام بما أوحاه إلينا عن طريق رسوله الكريم . ولما كان المستشرقون قد استندوا — من بين مزاعمهم — إلى ذريعة أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت باليهودية والنصرانية فأنى ألوذ — فى الاجابة على السؤال الذى أثرته — بتحديد علاقة الشريعة الإسلامية — كما نزل بها القرآن الكريم — بما سبقها من شرائع سماوية فى اليهودية والنصرانية ليتضح لنا بجلاء ان

تكرار الاحكام في الشرائع السماوية هو أمر طبيعي لانها شرائع متكامل وقوانين تنبثق عن نوع واحد هو الارادة الالهية ولذا يحق لنا أن نقول إن الشرائع السماوية هي في حقيقتها شريعة سماوية واحدة متطورة .

تلتقى جميع شرائع الرسل الكرام منذ ارسل الله نوحا عليه السلام وحتى الرسالة الخاتمة على مذهب واحد وتسير في منطلق ايماني في الدعوة اليه فملتهم واحدة ووجهتهم واحدة وعلى صوئها خاطبهم الله جميعا بقوله « ياأيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحا فإني بما تعلمون عليم وإن هذه امتكم امة واحدة وانا ربكم فاتقون » . (المؤمنون / ٥٢) .

واجتنبى الحق سبحانه من بين الرسل خمسة وصفهم القرآن الكريم بأهم اولو العزم « فاصبر كما اولو العزم من الرسل » وذلك لانهم قاموا بحمل الامانة الالهية وبلغوا الدعوة الكبيرة والمتجددة . ولاتقوا مالا قوا في سبيل ذلك فصبروا وصابروا ، وهم نوح وابراهيم وموسى وعيسى ومحمد عليهم جميعا افضل الصلاة واتم التسليم وقد كان لكل واحد منهم شرع جديد يختلف عن سابقه في شكل العبادة حسب استعداد الناس ويختلف باختلاف الزمان ليلائم الطباع ، ويتواءم مع فطرة الناس لحكمة واحدة هي هديتهم وسعادتهم في الدنيا والاخرة أما غيرهم من الرسل فقد كانوا يعيشون ويكلفون بتبليغ شرع غيرهم ممن قبلهم .

والإيمان بجميع الانبياء والرسل والكتب التي نزلت عليهم هو صلب العقيدة فليس يكون مؤمنا من ينكر رسولا أو كتابا وقد طلب القرآن الكريم من المسلمين ان يعلنوا هذا الإيمان وان يكون تصديقهم للرسل سواء فلا فرق بين رسول وآخر ولا بين من له كتاب ومن ليس له كتاب اذعانا لقول الله تعالى « قولوا آمنا بالله وما أنزل إلينا وما أنزل إلى ابراهيم واسماعيل واسحق ويعقوب والاسباط وما أوتى موسى وعيسى وما أوتى النبيون من ربهم لا نفرق بين احد منهم ونحن له مسلمون » . (البقرة / ١٣٦) .

ومرد هذا الادعاء بالاعلان عن هذا الإيمان هو ان الإسلام سعاد الأسمى إنما هو الدين الذي هبطت به كل الرسالات ونادى به سائر الرسل والآسياء وإليه انتمى جميع التابعين له وفيه يسلم الناس وحوهم وقلوبهم لخالقهم سبحانه وتعالى. يقول نوح عليه السلام : « وامرت أن اكون من المسلمين » . ويقول الخليل عليه السلام « إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وأنا أول المسلمين » (الانعام / ١٦٢) . ويقول موسى عليه السلام « يا قوم إن كنتم آمتم بالله فعليه توكلوا إن كنتم مسلمين » (يونس / ٨٤) ، فقد اشترط في التوكل ان يسلموا انفسهم لله ويخضعونها حالصه له فلا حظ للشيطان ، ويقول الحواريون لعيسى عليه السلام ، « آمنا بالله واشهد بأنا مسلمون » (آل عمران / ٥٢) ، وقد وصى يعقوب عليه السلام بيه قائلا : « يا بني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وانتم مسلمون » . ونجيب الأبناء عن استفسار ايهم « نعبد الهك واله ابائنا ابراهيم واسماعيل واسحاق الهما واحدا ونحن له مسلمون » . (البقرة / ١٣٣) .

وعندما سمع بعض أهل الكتاب القرآن قالوا : آمنا به انه الحق من ربنا إنما كنا من قبله مسلمين » (القصص / ٥٣) . من كل ذلك وغيره مما جاء على السنة الرسل المذكورين في القرآن الكريم يتضح لنا ان علاقة الإسلام بالاديان الاخرى هي علاقة الشيء بذاته مادام جوهره هو جوهر كل الرسالات ودعوة رسوله هي دعوة كل الرسل ، وأما ما انفرد به كل نبي من شريعة معينة فهذا مدلول معين وتعريف خاص ، وإطلاق في عرف الناس كإطلاق الإسلام على شريعة محمد ﷺ وإطلاق اليهودية على شريعة موسى والمسيحية على شريعة عيسى عليهما السلام . وكذلك ما اختصت به كل شريعة من احكام وآداب فذلك حسب ما يتناسب مع كل امة في كل زمان ومكان .

وعلاقة الإسلام كشريعة بالاديان الاخرى وموقفه منها يتمثل في التصديق والهيمنة . أما التصديق فهو لتلك الكتب قبل أن يدخل عليها تزيف أو تحريف وأما الهيمنة فهي على ما دخل من التغير والتحريف عليها فبالسببة للامر الاول نرى ان الإسلام جاء مصدقا للرسالات السابقة . وأن القرآن قد جاء مؤكدا

لما قبله من الكتب السماوية . فإذا كان الانجيل مصدقا للتوراة فإن القرآن مصدق للانجيل والتوراة وما بين يديه من الكتب يقول تبارك وتعالى « وقمينا على آثارهم بعيسى بن مريم مصدقا لما بين يديه من التوراة واتياد الانجيل فيه هدى ونور ومصدقا لما بين يديه من التوراة وهدى وموعظة للمتقين » .
(المائدة ٤٦ — ٤٨) .

وفوق ذلك فإن الحق سبحانه أحد على جميع الانبياء والمرسلين العهد والميثاق ان يؤمنوا بمحمد وينصروه واحد اقرارهم بذلك . يقول سبحانه « وإذ أخذ الله ميثاق النبي لما آتيتكم من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه قال أقررتم واخذتم على ذلكم إصري ، قالوا أقررنا قال فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين » (آل عمران / ٨١) .

على ان تصديق الكتب السماوية المتأخرة للكتب المتقدمة لا يعنى انها لا تغير ولا تبدل منها شيئا إذ مع تصديقها لما قد تغير منها ، فقد غير الانجيل من احكام التوراة وبين أن المسيح عليه السلام جاء ليحل لبى اسرائيل بعض الذى حرم عليهم ، كذلك فإن القرآن الكريم قد عدل من احكام كل من التوراة والانجيل . وهذا التصديق ليس تناقضا بين المتأخر والمتقدم ولا انكارا منه له ، وإنما هو احدى ما يتناسب مع الزمن والظروف والاطوار ، وهناك من الامور ما تسمح الشريعة اللاحقة بابقائه واستمراره في نطاق ظروفه السابقة .

ومن هذا يتضح لنا أن الشرائع جميعا كانت بمثابة اللبنات في بناء هذا الدين وكانت مهمة اللبنة الاخيرة وهي الشريعة الخاتمة اكمل هذا البناء لأن الرسول الخاتم جاء بالحق وصديق المرسلين ، وبه يتم البناء .

٢ — علم أصول الفقه وضوابط الاجتهاد في الفقه الرومانى :

علم اصول الفقه هو العلم الذى يبحث في نصوص الاحكام الشرعية ووجوه دلالتها على تلك الاحكام (قارن المستصفى للغزالي ، المطبعة الاميرية ، ١٣٢٢ هـ ، ج ٥) . وقد وجد هذا العلم — إلى جانب الفقه — عندما

نشيطت الحركة الفكرية بعد عهد الفصحاء ، لذلك لم يلبس إلا من الشرع ان
أحضر في : نوته وناقشه إلى قواعد وقوانين لتتفق هذا العلم . (يريد : - ان
علم أدلة الأحكام -) كان ذلك تحت تأثير تلك الحركة العلمية (- عهد -
معروف الدواليبي - المدخل إلى علم أصول الفقه ، بيروت ١٩٦٠ ، ص
(١١٠) .

وكما اثارت علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني قضية فان علاقة
أصول الفقه بضوابط الاجتهاد في الفقه الروماني قد اثارت قضية أيضا .

وكعادة جمهرة المستشرقين فانهم يريدون أن يستأثروا بالفضل لأنفسهم
ولا سلافهم . وكعادة جمهرة الفقهاء المسلمين فانهم يقفون على الطرف المقابل
من النقيض فيبرأون من كل صلة بالغرب وأفكاره ويدللون على أصالة جهدهم
الخلاقي .

وعندما يثور جدل حول حملة علم أصول الفقه بما خلفه الرومان من تراث
فكري قانوني يقفز إلى الذهن مباشرة مستشرق له صولاته وجولاته في هذا
المرتفع متسلحا بمعرفته الضليعة في اللغة العربية ، ذلك هو المستشرق جولد
تسهيير الذي يتصدر دائما قائمة المستشرقين في الدراسات الإسلامية .

ويذهب جولد تسهيير إلى أن المسلمين قد استقوا أدلتهم التي بنوا عليها
مفاهيمهم القانونية من مرحلة قديمة من مراحل الفقه الروماني ويستدل على
ذلك بعدة أدلة ، لعل أهمها هو :

(١) ان الفقهاء المسلمين استعاروا كلمة *Jurisprudentia* الرومانية وترجموها
إلى العربية بلفظة « فقه » .

(٢) وقد أخذوا أساسيد الفقه - الرأي والمصلحة والاستصلاح - عن
القانون الروماني .

(٣) كما أخذوا فكرة التزوج بين القانون المكتوب والقانون غير المكتوب -
أي الشريعة والعرف .

(٤) وأن الأوزاعي والشافعي — وكلاهما من أئمة الأئمة — نشأ في سورية حيث اطلنا على الفقه الروماني ونقلنا عنه في علم أصول الفقه .

ويرد الكتاب المسلمون على تلك الدرائع بالآتي :

(١) إن كلا من لفظة « فقه » ولفظة Jurisprudencia تعني العقل والفهم وليس خافيا أن كافة النظم القانونية تعتمد — عبر الحقب التاريخية المتلاحقة — على التروء بالعقل والفهم . ومن ثم فإن لفظة « فقه » لم تأخذ من القانون الروماني وإنما هي مسمى تشترك فيه الحضارات القانونية جميعها بل إن المصطلح اللاتيني يفتقر إلى الدقة في مقابلة المعنى الذي يعنيه مصطلح « الفقه » عند المسلمين .

(٢) إن اصطلاح « أهل الرأي » اصطلاح يطلقه المعارضون للمدرسة الحنفية على اصحاب تلك المدرسة اظهارا لاعتراضهم على ان يكون الرأي هو المسلك لسن القوانين .

(٣) ان المنفعة العامة — المصلحة أو الاستصلاح — ليست مبدأ رومانيا وإنما هي مبدأ يهودي ظهر في المئتين في القرون الوسطى ، ومع ذلك فإن المسلمين لم يكونوا بحاجة إلى نقل المبدأ عن اليهودية ولديهم ما يغيثهم عن ذلك في كتاب الله وسنة رسوله .

(٤) ان التزاج بين التشريع والعرف يتحقق في النظم القانونية عندما تبلغ مرحلة معينة من النضج وليس ميزة يستقل بها القانون الروماني ولذا يرفض المسلمون القول بانهم اخذوا هذا التزاج عن القانون الروماني .

(٥) صحيح أن الأوزاعي نشأ في سورية ولكن فقهه اندثر ولم يصل إلينا منه شيء ، أما الشافعي — وإن كان قد ولد في غرة — إلا أنه تركها غلاما صغيرا إلى مكة حيث ترعرع ولم يرد عنه انه ارتحل إلى سورية بعد ذلك كما ان احدا من أئمة الفقه الآخرين لم يقيم في سورية خلال عصرى الامويين والعباسيين .

ويضيف المسلمون — تدعيما لقولهم — أن علم الاصول لم يستخدم

مصطلحات لاتينية وليس في مؤلفاته إشارة إلى مرجع روماني (محمد يوسف موسى — المرجع السابق ، ص ١١١) . ثم ان الشريعة الإسلامية تقوم على تصور مخالف للتصور الروماني . ذلك ان الشريعة الإسلامية — بوصف أنها شريعة إلهية — تقوم الأفعال من حيث الاباحة والحظر بحسب تدرجها كأفعال واجبة أو مفروضة أو مندوبة أو مباحة أو مكروهة أو محظورة . أما القانون الروماني — بوصفه قانونا وضعيا — فيتناول الحقوق المشتقة من أفعال معينة ذات اثر قانوني . وإذن فمذهب المفكرين مختلف في نظرتهم إلى قواعد الأصول .

والحق أن من المستشرقين من وقف إلى جانب الفقه الإسلامي أمثال Arminjon و نولد Noldee وولف Wolf (راجع مؤلفه — Traité de droit comparé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, Paris, tome 1, 950 Nallino) راجع محاضراته بعنوان « نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الروماني في صلاح المنجد . المتقى من آراء المستشرقين ، الجزء الأول ، مطبعة حنة التأليف والترجمة والنشر في القاهرة ١٩٥٥ » ويقول نليو إن الذين زعموا بأن الفقه الإسلامي قد نقل في قسم كبير منه عن القانون الروماني قد اغفلوا ما بين المذاهب من اختلافات ويصطادون بكل جهد المتشابهات وأهملوا البون التسامع بين الغرب القديم والعماد الإسلامي في تصور القانون ومصادره . ويؤكد نليو أن العرب قد أنشأوا فقههم اثناء مستقلا في القسم الأعظم منه .

ولو أنهم أرادوا محاكاة القانون الروماني لما بعثوا مسائل المعادن أو العبيد أو منكية الأراضي في أبواب شتى ولما وضعوا مسائل الربا في باب البيوع . ومن المستشرقين المؤيدين اذكر ايضا : فرانتز روزنتال « مناهج العلماء والمسلمين في البحث العلمي ، ترجمة ايس فريخه ، دار الثقافة ، بيروت ، بيروت ، ١٩٦١ » ، وسانتيلانا Santillana - Law and Society, The Legacy of Islam, edited by sir Thomas Arnold and Alfred Guillaume, Oxford University

(Mohammaden Law, Oxford, 1931) (Press, London, 1952)

وفيتز جيرالد Fitzgerald (راجع مؤلفه The Alleged Debt of Islamic Law to Roman Law وكذا مقالة له بعنوان Quarterly Review, vol. 67. Jan 1951, pp. 18-102 ورايس Zayes (راجع كتابه Traité élémentaire de droit musulman, Alger, 1885-18868)

وإذا أردت أن ادلى دلوى في هذه القضية فاني أحب أن ابه أولا إلى أن الحديث هنا عن علم أصول الفقه هو حديث عن علم وضعه الفقهاء لضبط طرق الاستدلال والاستنباط من أحكام القرآن والحديث ولا شأن له بأحكام القرآن والحديث في ذاتها . وفي قول آخر فإن مناقشة علم الأصول إنما تتعلق بمناقشة اجتهاد بشرى وانتداع أساني ولا تتناول بصوص القرآن والحديث . فعندما نقرأ قوله تعالى « إنما الخمر والميسر والالصاب والالزام رجس من عمل الشيطان » فإننا نقرأ نصا قرانيا . وعندما نسأل عن حكم الخدرات لأجد حكما مباشرا في القرآن ولكن الفقيه عندما يستنبط حكم الخدرات قياسا على حكم الخمر يستخدم ضابطا في الاستنباط هو القياس واستخدام القياس ليس من الصواب التي جاء بها القرآن وإنما هو من الصواب التي وضعها الإنسان لفهم أحكام القرآن . ولقد بدأت باراز هذا الفارق ليبقى في مخيلتنا وأنا ناقش القضية المعروضة . ان الرأي عدلى هو أن القضية كما عرضتها بأدلتها الغربية وأسايدها التي يقدمها علماء المسلمين تبدو متأرجحة . فليس فيما عرضت ما يرجح عدلى ايا من الرأيين على الآخر .

حقيقى أن وحدة العقل الشرى يمكن أن تنتهى — عن طريق الصدفة البحتة — إلى تصورات فكرية واحدة ولذا فإن مجرد التشابه أو التماثل لا يعنى لزما أن أحد الفكرين قد تأثر بالآخر ولكن هذا يجب ألا يمنعنا من أن نواجه الحقائق بموضوعية ولا نتمنطق بمنطق النعامة .

وأول تلك الحقائق أن الفتح الإسلامى واجه المسلمين بمشكلات لم يكن لهم بها سابق عهد وكان لزاما عليهم أن يجدوا لها حكما . وأن المسلمين عاشوا في

جزيرتهم حياة بسيطة ذات مشكلات محدودة ، أما ما اعترضهم من قضايا فكان يتصل بمجموعات الحضارات الكبرى عندئذ — فارس وبيزنطة — فلم يكن بد إذاءها من أن يستهدوا — فيما يصلون إليه من حنول مستقاة من كتاب الله وسنة رسوله — ببعض المفاهيم التي اعتادت تلك المعصلات ودرت على اتخاذ أحكامها . وتعنى تلك الحقائق أن لقاء قد تم بين الفكر القانوني الإسلامي والفكر القانوني الروماني في بقاء كانت حالصة من قبل حكم بيزنطة مثل سورية ومصر . وأن حكمة الله اقتضت أن تكون قضية الحكم الإسلامي — لقرن من الزمان بعد عهد الصحابة — في الشام حيث تفيض تراجع السحت القانوني الروماني وتعص بمصنفات الفقه البيزنطي .

صحيح أن الامبراطور يوستينيانوس كان قد أغلق الكثير من مدارس الفقه الروماني قبل رهاء قرن من الفتح الإسلامي للشام ومصر ولكنه استغاض عن ذلك باصدار مجموعات قانونية . وبدهى أن تلك المقننات إلى جانب مابقى من مدارس كانت له معتقاته في مجال الدراسات القانونية .

وإذا كانت المدارس التي بقي لها فقهها قد نشأت بعيداً عن مراكز التأثير الفكرية البيزنطية فإن ارادة الله شاءت أن يندثر فقه مدرستين نشأتا في منطقة الفكر البيزنطي هما مدرسة الأوراعى في الشام والمليث في مصر . وإذا كان فقه هاتين المدرستين لم يبق لنا حتى الآن فإنه لابد كان محل اطلاع فقهاء زمانهم . والدليل أننا عرفنا بعض فقه الأوراعى عن طريق الشافعى — وهو صاحب علم الأصول — في كتابه « الأم » وعن طريق أبى يوسف في كتابه « الرد على سير الأوراعى » . وإذن فليس منطقاً أن نقل دون نقاش أن علماء المسلمين جهلوا الفقه الروماني ولم يتصلوا بالفكر القانوني الروماني حتى من كان منهم بعيداً فكان ذلك الفكر عندهم ، لاسيما إذا وضعنا في اعتبارنا ما عرف عن علماء المسلمين في صدر الإسلام من فهم علمي وشغف بالمعرفة . وليس عيباً على الفقيه المسلم إن هو رأى في ذلك الفكر ما يمكن أن يقتبسه أن يفعل ذلك مادام أنه لا يعارض كتاب الله وسنة رسوله لاسيما في بدايات تلور الحركة الفقهية

وباكورة ظهور المدارس المذهبية . ولعمر الحق إن هذا الجهد في الاقتباس وتلك العبقرية في الاستيعاب ليست بالمركب الذلول أو المتكأ الهين . ثم إن الفقهاء المسلمين قد احرصوا مقرأود واطلعوا عليه في صورة جديدة مبتدعة في مسمى خاص هو « علم أصول الفقه » والحكمة ضالة المؤمن ينتد بها أنى وحدها . وطلب العلم مقصود ولو كان في الصين ولا بد أن يكون لهذا الاتصال معقاته من أثر وتأثير .

وهنا تجوز الإشارة إلى أن الرومان حرصوا على الاعتراف بالاجتهاد — وهو في مذهبي الدليل الاوحد على الاحكام — دليلا من أدلة الحقوق وظلوا على ذلك حقبة من الزمان في عهد الجمهورية فلما جاء عهد الامبراطورية وأخذ القياصرة يضيقون شيئا فشيئا من الاجتهاد إلى أن حصروه في انفسهم لم يبق منه — لاسيما منذ تقنين حوتسينيان — إلا ما كان من باب الشرح والحمل عليه على نحو ماجرت عليه الطريقة التقليدية في الغرب في القرن التاسع عشر . (الدواليبي — المرحع السابق — ص ٣٥٣ — ٣٥٤) .

فإن صبح ما أراد — وهو عندي صحيح — فإني لا أرى فيه ما يشين الفكر الإسلامى أو يعيب فقهاءه لأن علماء المسلمين لم ينقلوا نقلا أعمى ولم ينقادوا انقيادا غير بصير بل صقلوا ما اتصل بعلمهم وصهروه في بوتقة عبقرتهم وخرجوا به محدثا جديدا غير مسبوق . وقد ظهر استقلالهم الفكرى في ابتداء المصطلحات العربية الخالصة بعلم الاصول وعدم الحاجة للإشارة إلى المراجع اللاتينية ولو أن عرف ذلك الزمان لم يكن يعرف مانعرفه اليوم من اشارة إلى المراجع .

وكيف يعزف علماء المسلمين عن استخراج دراسة فقه له مالفقه الرومانى من مكانة ويتقاعسون عن نبش فكر عرف بما عرف عنه من دراية فإن وجدوا فيه خيرا أخذوه وأن لمسوا فيه شرا لفظوه .

واغلب الظن عندي أن حرص من حرص من الكتاب المسلمين على قطع كل علاقة بين علم الأصول وبين الفقه الرومانى يعود إلى أنهم يفهمون

« الشريعة » و « الفقه » على « صنوان وعديلاال . وقد قدست أن « الشريعة » هي أحكام الكتاب والسنة أما « الفقه » فهو فهم الفقهاء لما في الكتاب والسنة فالشريعة إلهية المصدر والفقه بشرى المنبع (راجع على سبيل التوضيح لدراسة حرص على نفي أية صلة بين الفقهاء الإسلامى والرومانى — محمد يوسف موسى ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، القاهرة ١٩٦١ ، ص ١١٣) . ولذا فإنى أتمس بعض العذر لمن يتزع تلك البرعة ولكى لا أقرد عليها لأن هذا الخلط قد اضنى على الفقه قدسية لدى البعض تكاد تقارب بينه وبين ما أنزله الله إلى حد أن البعض يفتى بعدم حوار أن يغير المراء مذهبه فإن كان حتميا لا يجوز له أن يصبح سافعيًا وهكذا وفرق بين شريعة الرحمن وفقه الإنسان ولذا فإنى لا أرى غضاضة فى أن تقع بين الحين والحين — فى دراسة علم الأصول — على بعض الأفكار التى لها فى الفقه الرومانى مقابل أو جذور . ويكنى العلماء المسلمين فخرا ما لقيه علم الأصول على أيديهم من تشديد وتهذيب . فقد جعلوا منه علما له قواعد وذلك فى ذاته انجاز كبير يعلق على صدورهم نوط الجدارة والتقدير .

الفقه الرومانى والفقه الإسلامى : (رأى الخاص) :

أعلب الظن عندى أن عثرة الكثرة من الفقهاء — مسلمين ومبستشرقين — تعود إلى عدم تحرى الدقة فى معالجة الموضوع فهم يخلطون بين مفهومى « الشريعة » و « الفقه » ويستخدمون المصطلحين على أنهما صنوان والحق عندى أن لمصطلح الشريعة مدلولًا يختلف عن مدلول مصطلح « الفقه » ذلك أن الشريعة هى ما نزل به القرآن الكريم وحدثت به السنة النبوية الشريفة ، وأما الفقه فهو استنباط الأحكام من هذين المصدرين الأساسيين . وإذا فالشريعة قانون الهى أما الفقه فأحكام الاجتهاد البشرى . وما كان لنا — وحاشا أن يكون — أن نضع الشريعة موضع الشك أو المقارنة . وإنما يدور البحث حول الفقه وضوابطه أى حول اجتهاد بشرى وضمانات تقويمه ، وما دام أننا فى مجال الجهد البشرى فلا غضاضة — من حيث المبدأ — فى أن يتبادل الفكر البشرى

التأثير ويتأقل التعبير . وتلك حقيقة لم تغفلها الشريعة العراء فالأقتباس الخير امر تحده مبادئ الإسلام .

ويبين ذلك الخلط واضحا إذا نحن راجعنا مقالته المستشرق الذى بدأ الحملة المذعورة عن تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى — وهو الايطالى الفونسوبالىو — الذى ألف كتابا بعنوان Diritto Pubbico Privato Ottomano . طبع فى الاسكندرية سنة ١٨٥٦ . ذهب فيه إلى أن أحكام القانون الرومانى دخلت الشريعة الإسلامية عن طريق الأحاديث الموضوعة وقد تابعه فى هذا رأى كثيرون . ويكفى نقضا لهذا رأى أن نعلم أن الأحاديث الشريعة التى تتضمن أحكاما قانونية محدودة العدد فكيف يتسنى للموضوع من هذه الأحاديث — مع قلتها — أن يكون له تأثير على شريعة من الأمور لها مالم الشريعة الإسلامية من باع طويل ومدى حليل — وأن الكاتب لم يكلف نفسه متقة البحث الجدى والتحرى الصادق فألقى بالقول على عواصمه فصادف هوى فى نفوس علية . وهناك من يقول إن دومينكو ساليشى Diminico Salleshi هو المسئول عن ابتداع تلك الخرافة .

ولعل اشهر من ترعم هذه الحركة الساذجة ثلاثة هم جولد تسهر وسواسى وآموس . ولكن الأول رجع عن قوله فى مؤلفاته المتأخرة . وأما الثانى فكان يسعى إلى الاقناع بأن الشريعة لا تفرق عن قوانين الغرب وقد تبدت سطحية الثالث فى خطأ أولى تردى فيه إذ رعم أن قرارات الخلفاء الراشدين هى المصدر الاساسى للقانون الإسلامى (راجع كتاب « الدين المزعوم للقانون الرومانى على القانون الإسلامى » ترجمة الدكتور محمد سليم العوا » ص ١١٥ — ١١٦) . فلا غرابة إذن أن يسمى الرومان قانونهم Jus أى الحق وأن يسمى المسلمون قانونهم « الشريعة » وهى تقابل المصطلح اللاتينى Fas وينم عن السمة الدينية المصطلح .

فلا عجب أن نجد حركة مضادة للحركة السالفة تقف على طرف النقيض منها وتنادى بأن القانون الرومانى هو الذى أخذ عن الشريعة الإسلامية .

ويعرّف هذا الاتحاد الفقيه الإيراني الهائي أبو المصل الجرفقداسي فقد أصدر كتاباً سنة ١٩١١ يؤكد فيه أن القانون الروماني نقل عن الشريعة الإسلامية .
وأشعر العرف لهذا الكتاب موحود في مقدمة القوانين لعد احباب سعد

ولكن هذا الرأي لا يعد في نظري تزكية للشريعة الإسلامية لأن الشكلية التي اتسم بها القانون الروماني ليست مما تقبله أو تأخذ به النظرية الإسلامية فضلاً على أن مابين التريعتين من خلاف حدرى في كثير من المفاهيم —
— كظام الرق مثلاً — يدفع كل منصف للشريعة الإسلامية إلى التحصل من الرعم بأنها هي الأصل التاريخي للقانون الروماني ثم أى قانون روماني يقصد وقد نزلت الشريعة في تاريخ لاحق لتطور القانون الروماني .

والحق أن الاتجاهين يمتقران إلى الموضوعية فيما يزعمان فضلاً على أن ذاتية الشريعة الإسلامية وطابعها الديني الخاص ليس محل حذر ولا أرى مجالاً وفي المكتبة العلمية دراسات جادة بلغات مختلفة في هذه القضية تغنى عن الخوض فيها ولذا فإنني اجتزئ بالكلام عن علاقة الفكر الروماني بالفكر الإسلامي وهل كان للأول تأثير على الثاني فيما اعتمده من ضوابط لاستنباط الأحكام .

إن تناقل الأفكار بين الأمم وتوارثها عبر الأجيال ظاهرة لا مرء فيها ولا جدال وهي عامل من عوامل تقدم الحضارات وتطور المدييات ولذا حذر الإسلام الاقتباس الخير وحث على التقليد الكيس ويقول عز من قائل « أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده » (٩٠/٦) ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً » (٤/٦٠) . وكان الرسول يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم يؤمر به . وقد روى عن ابن حبل أن الرسول ﷺ قال يعمل في الإسلام بفضائل أهل الجاهلية ومن ثم فلا غضاضة البتة في أن يستحسن الفقهاء المسلمون بعض الضوابط الذهنية التي اتدعها الرومان وأن يجدها مناسبة للطريق التي يسلكونها في استنباط أحكام القرآن والحديث ، وتبعاً فليس مما يعيب فقهاء المسلمين أن يقتبسوا بعض المفاهيم الذهنية عن الرومان أو يستعبروا منهم قدراً من ضوابط تفسير الأحكام بل إنني اعتقد أن تفاعلاً قد جرى بين الفكر

الإسلامي الشاب المدقق وبين الاتجاهات الفكرية التي عاصرها في مختلف البقاع التي أفاء الله بها على المسلمين فتأثرت نظراته الفقهية ببعض ما علمه من أهلها أو قرأه لعلمائها لا سيما في فارس (حيث القوانين الساسانية) وبيزنطة (حيث القوانين الرومانية) . والذي نحمد للمسلمين ويذكرهم بالفضل أنهم لم يكونوا مقلدين بلا تصرف ولا تابعين دون شخصية بل أن كل ما وصل إلى علمهم من معرفة انسانية صهر في بوتقة العبقرية الإسلامية وخرج سلافا مزاجه من تسنيه ، وتصورا عبقريا ليس له قرين ، ذلك أن فقهاء المسلمين — بما حباهم الله به من أريحية وما اقتبسوه من أفكار ساسانية ورومانية — ابتدعوا علما يعنى بضوابط الاحتياط ويصف قواعد الاستنباط هو علم أصول الفقه .

واستطيع أن اضرب تمذرك « الإجماع » مثلا لها للاقتباس الذي تلقفه الفقه الإسلامي عن الفقه الروماني ثم صوره في صورة قسبية لها ذاتيتها الابداعية . وأغلب الظن هو أن الفقهاء المسلمين تأثروا في شأنه بما رتبته النظام الروماني في هذا الخصوص ، ذلك أن مؤلفات بعض المفسرين في مجلس المستشارين أصبحت — بعد الامبراطور الروماني درايان — ذا قوة القانون إذا أجمعت على رأى . وهكذا ظهرت فكرة الإجماع — لأول مرة — في مجال الاحكام القانونية . وكان الغرض منها وضع حد لتصارب الآراء . ووفقة المقننين التي تتمتع آراؤها — عند الاجماع — بحجية كاملة أمام القضاء تتألف من خمسة هم جايوس وبابافياك وبول البيان ومود ستين . وكان مالك أول فقيه مسلم يتكلم عن الإجماع وكان مفهومه قريبا جدا من هذا المفهوم إذا اعتبر أن اجماع فقهاء المدينة كاف لارساء قاعدة قانونية ملزمة . ثم تطورت بعد ذلك فكرة الاجماع ، في دراسات الفقهاء المسلمين ، على النحو الذي يتضح في موقعه من هذا السفر ولكنها لم تغل من البصمات الرومانية في تشكيلها .

رب قائل يقول إن المثل الذي سقته وليد الصدفة إذ ليس من دليل قاطع على أن فقهاء المسلمين درسوا فكرة الاجماع في المفهوم الروماني ثم نقلوا عنها — بتصرف — فكرة الاجماع في النظرية الإسلامية . -وذلك اعتراض لا يخلو من

وحاجة ولكن التقارب الشديد بين مدركي الاجماع - الرومانى والإسلامى - وعراقة مدرك الاجماع - فيما ارى - على - انطلق القادونى الإسلامى . من حيث أنه يرتفع بالاجماع - على فرض توافره - إلى مستوى المصادر فيجعل له قررة الالزام التى لا يتمتع بها سوى القرآن والحديث بل ويحرم على الاجبال اللائحة - سد بعض الفقهاء - معارضته باحتهاد قال يشعران الباحث بأن هذا الانحراف الفكرى طارىء على اصول التنظيم الإسلامى التقليدى الذى عرف رمى الرسول وخلقاؤه التراسدين .

ثم ماذا ؟

يد أن ذلك الوليد الجميل ترك على حاله فلم يتعهد أوصياؤه بالرعاية الواجبة ولم يلق إليه أولياؤه من الاهتمام المتواصل ما هو جدير به .

ويحضرني - وأنا بصدد استشراف علم الأصول - على سبيل المثال مذهب علمائه في أن بعض الأحكام الشرعية لا يجوز أن تكون محلا للاحتهاد . وهم يجمعون الأحكام التى تخرج عن نطاق الاجتهاد في فئتين رئيسيتين هما :
١ - الامور المعلومة من الدين بالضرورة مثل وجوب الزكاة والصوم .
٢ - الأحكام التى ورد فيها نص قطعى الثبوت والدلالة كوجوب قطع يد السارق .

والقول عندى أن هذا المذهب تعلق به شوائب هو في حاجة إلى أن ينقى منها . وأول ما ألاحظه غرض الفرق بين الفئتين السالفتين لأن الحكم الذى ورد فيه نص قطعى الثبوت والدلالة لا بد أن يكون تبعاً من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة ، كما أن الأمور لا تكون معلومة من الدين بالضرورة إلا إذا كانت قطعية الثبوت والدلالة . ولعل هذه التفرقة انبعثت عن مفهوم لم يتضح في قواعد علم أصول الفقه وهو وجوب التفرقة في قوانين ضبط الأصول بين الأحكام الخاصة بالعبادات والأحكام الخاصة بالمعاملات إذ نلاحظ أن الأمثلة التى تمثل بها العلماء لما أسماه الأمور المعلومة من الدين بالضرورة أمثلة تدخل

كلها في أحكام العبادات أما الأمثلة التي ضربت لما هو قطعي الثبوت والدلالة فتعود إلى أحكام المعاملات .

إن هذه التفرقة هي مفتاح في تعليتي على مذهب علماء الأصول فيما يعتبرونه من الأحكام التي لا يجوز أن تكون محلا للاجتهاد .

إن الباحث في علم الأصول لابد أن يلحظ أن قواعد وقوانين ذلك العلم لا تفرق فيما تصعه من صواب بين معايير وموارين الاجتهاد في أحكام العبادات ومعايير وموارين الاجتهاد في أحكام المعاملات . فالضوابط واحدة بالنسبة لأحكام الشريعة — مانتعق منها بالعبادات ومانتعق بالمعاملات — مع أن لأحكام العبادات فلسفة تختلف عن فلسفة أحكام المعاملات .

لقد حددت أنواع العبادات في الشريعة على سبيل الحصر فلا زيادة فيها ولانقصان ، وهي الزكاة والصوم وحج البيت الحرام وكلها تنغيا أن يؤدي العبد واجب العبادة حيال خالقه ومن ثم فإن طاعتها واجبة سواء عرفنا حكمها أو تينا علتها أم لم نعرف ذلك لأن طاعتها اساسا شاهد على ايمان العبد بربه واقاراه بعبوديته المطلقة وتحقيق الغاية الكبرى من خلق الجن والانس . « وما خلقت الجن والانس إلا ليعبدون » (الذاريات / ٥٦) . ولذا فإن مايقوله بعض علماء المسلمين عما يناله المسلم في دنياه من منافع زمنية بسبب أدائه للعبادات هو في الأغلب الأعم اجتهاد يعتمد على ذوق العالم ومنطقه الخاص وليس اجتهادا يستند إلى نص في القرآن أو السنة . فالقول مثلا بأن حكمة الصيام هي دفع الغنى لان يحس باحساس الفقير أو تحقيق منفعة صحية للصائم أو مالى ذلك من المبررات كلها محاولات لتقريب العبادة إلى بعض البسطاء والصحيح أن الصوم عبادة يجب على المسلم أن يؤديها لأن لله أمر بها وألا يعلق ذلك على فهم حكمة عقلية أو تبين علة زمنية ولذا يقول الحديث الشريف « كما عمل ابن آدم له إلا الصوم فهو لى وأنا أجزي به » . وكذا نجد مثلا أن بعض الفقهاء يربط بين جواز افطار الصائم

المسافر وبين ما يلقاه المسافر من مشقة في السفر وينتهي من ذلك، إل أن ابجازه
الافطار للسفر لا تكون إلا إذا لقي المسافر مشقة في سفره في حين أن الجمهور
يجيز للمسافر مطلقاً أن يفطر لأن السفر اعتبر — لحكمة يعلمها الله — مشقة
في ذاته سواء أكان فيه إرهاق أم كان ميسراً . فلا عجب إذن أن يخصص علماء
الأصول أسباب المشقة في سبعة هي السفر والمرض والاكراه والنسيان والجهل
وعوم البلوى والنقص في الأملية . وهكذا ساووا في الحقيقة بين المشقة
والخرج على الرغم من أن المعنى اللغوي للفظين ليس واحداً .

أما المعاملات فأمرها مختلف ذلك أن الشريعة لم تعدد أنواعها على سبيل
التحصر بل فتحت بابها على مصراعيه فالمسلمون أحرار في أن يقيموا بينهم من
المعاملات ما يشاءون مادام أنهم لا يخلون حراماً ولا يحرمون حلالاً . ثم إن
الحكمة من وراء أحكام المعاملات والعملة التي تدور معها هذه الأحكام هي في
الأعم الأغلب معلومة للجهتهدين .

إن هذه الفوارق الجوهرية بين أحكام العبادات — وهي كتاب بين العبد
وربه — وبين أحكام المعاملات وهي كتاب تغلب فيه مصلحة العباد كان
يتوقع معها — في مذهبي — أن يحرص فقهاء علم الأصول على أن تنعكس آثاره
فيما يقدمون لنا من ضوابط وموازين ، فالقاعدة مثلاً التي تنبئ بأن تتغير
الأحكام بتغير الزمان والمكان تصلح لأن تطبق على أحكام المعاملات ، لكن
هل يمكن أن نقول إن أحكام العبادات يمكن أن تتغير بتغير الزمان والمكان ؟ إن
القاعدة التعبدية تأييدية ولا يتحرر المسلم منها إلا في حالة الضرورة القصوى
فحسب « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » (البقرة / ١٧٣) ،
كذلك المبدأ العام الذي يقتضيه الأصوليون وهو عدم جواز الاجتهاد أمام
النص ، أن هذا المبدأ يجوز — على وجه عام — أن يطبق على أحكام
العبادات ، لكن هل يجوز أن يطبق على أحكام المعاملات ؟ يجيب علماء
الأصول على هذا التساؤل بقولهم انه لا اجتهاد أمام النص إذا كان قطعي
الثبوت وقطعي الدلالة . والسؤال هو: أي النصوص قطعي الدلالة ؟ وفي قول

آخر هل اجمع الفقهاء على أن هناك في أحكام المعاملات — وأكرر مرة أخرى أننى ابحث السؤال في نطاق أحكام المعاملات — نصا هو قطعى الدلالة ؟ أم أن توقع النص قطعى الدلالة هو توقع نظرى بحت لا واقع له . يختار جمهور علماء الأصول النص الخاص بقطع يد السارق مثلا على النص قطعى الدلالة وينسون أن عمر بن الخطاب لم ير في النص مارأوه هم فقد أوقف العمل به في عام الجماعة بمقولة إن السارق لعله سرق للحاجة وليس للجرم وإذن فهناك شبهة تحوم حول الجرم والحدود تدرأ بالشبهات . إننى لأريد أن اناقش منطق عمر أو أن أجادل فيه فالذى يهمنى هنا هو أن قول علماء الأصول كان يمنع على عمر أن يجتهد أمام نص قطع يد السارق لأنه قطعى الدلالة ولكن عمر اجتهد وما كان عمر ليجتهد في نص يراه قطعى الدلالة لأن الاجتهاد في هذا الفرض يكون . تعديلا للنص وهذا مالا يملكه مسلم أيا كانت مكانته في الإسلام . كذلك فعل عمر بالنسبة لسهم المؤلفة قلوبهم فحكمه في القرآن نص — على قول علماء الأصول — قطعى الدلالة ولكن عمر اجتهد فيه ورأى أن انتشار الإسلام واشتداد ساعده يسقط الحكمة من وراء الابقاء على ذلك السهم .

لقد سبق اجتهاد عمر قيام علم الأصول ولذا فإنى أناقش فكرة النص قطعى الدلالة على هدى مما يقول به علماء الأصول من أفكار حيال دلالة النص ثبوتا لما أقول لأن القول بغير ما أقول وتأکید أن الاجتهاد ممنوع بداءة إذا وجد النص قول يتفق مع الظاهرية الذين يتبعون ظاهر النص دون بحث أو تحرر .

يقول علماء الأصول إن النص قد يكون عاما وقد يكون خاصا .

والنص العام قد يكون عاما بصيغته ومعناه فكلمة الرجال عامة في صيغتها وعامة في معناها وقد يكون عاما بمعناه دون صيغته مثل لفظة فرد فهى عامة في معناها لأنها وضعت للجميع وليست عامة في صيغتها .

ويقسم الغزالى مدارس الأصول — فى دلالة النص العام — إلى ثلاثة مذاهب :

١ — مذهب أرباب الخصوص ، ويرى أصحابه — وسنهم الخنفية — أن يؤخذ في الفاظ العموم بأقل ما تدل عليه لأنها موضوعة لأقل الجمع ، إلا إذا قام دليل على العموم فلفظة «الفقهاء» مثلا تدل على أقل الجمع وهم ثلاثة — لأن هذا هو القدر المتيقن .

٢ — مذهب الواقعية ، ويذهب فقهاؤه إلى أن لفظ العموم لم يوضع للعموم ولا لخصوص ولذا فإن استغراق اللفظ لجميع ما يمكن أن يتناوله أو اقتصاره على بعض ما يتناوله لا يتحدد إلا بما يرجحه من قرائن ولذلك يكتبون بدلالة الضرورة ويتوقعون عندها إلى أن تتوفر دلالة القرينة .

٣ — مذهب أرباب العموم ، ويقول علماءؤه إن العام يحمل على مقتضى العموم والاستغراق حتى يقوم الدليل على غير ذلك فلو قال رجل لآخر احضر كتيبى فإن اللفظ يعنى كل مال للطالب من كتب ولا يقال إنه بأقل الجمع — أى ثلاثة كتب .

ويتنقد البعض ومن بينهم الغزالى المذهبين الأول والثانى على أساس أن العام — فى آية لغة — يدل على الاستغراق وتبعاً فإن المذهب الأكثر قبولاً عندهم هو المذهب الثالث : مذهب أرباب العموم ولكن انصار المذهب الثالث انقسموا على أنفسهم فيما يتعلق بقوة دلالة العام فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن العام ظنى الدلالة أى لا يوجب الحكم قطعياً ، ويذهب الأحناف وحجتهم فى ذلك أن دلالة العام من قبيل دلالة الظاهر الذى لا ينفى الاحتمال — وذهب بعض الشافعية مثل الشاطبى — إلى أن العام قطعى الدلالة . ومنطق رأيهم أن اللفظ إذا وضع لمعنى كان ذلك المعنى عند اطلاقه واجباً أى لازماً معنى العموم . أما الاحتمال فارادة تتعلق بنية المتكلم وحده فهى غيب والغيب لا اعتبار له .

إن الخلاف السابق حول دلالة العموم له معقبات خطيرة فى تفسير أحكام المعاملات والمثل يبين ما أقول . جاء فى الحديث الشريف أن ماسقته السماء فيه العشر . وجاء فى حديث آخر أنه ليس فيما دون خمسة أوسق (والوسق كمية

معينة من وزن أو كيل) . وتاريخ الحديثين غير محدود ولا يعرف أيهما سبق الآخر فإذا سايرنا رأى القائلين بأن العام ظني الدلالة طبقنا الحديث الثاني لانه خاص ولا نعمل بالحديث الأول أما إذا قلنا إن العام قطعي الدلالة طبقنا الحديثين وكان الحديث الثاني مخصصا للحديث الأول .

أما إذا كان النص خاصا فإنه يمكن أن ينصرف إلى أى من معانيه حقيقة وعينا إذا تعين في ذلك المعنى فإذا بقى على اجماله لا يعمل به . ولكنهم اختلفوا في كيفية تعيين معناه وانقسموا في ذلك إلى مذهبين :

١ — مذهب الواقعية ، ويرى اصحابه أن الخاص قد وضع لمعان مختلفة فان كان أمرا فهو قد يعنى الوجوب أو الندب أو الاباحة وإن كان نهيا فهو يحتمل التحريم والكراهية فهو إذن مجمل والمجمل يتوقف العمل به حتى يقوم عليه دليل .

٢ — مذهب أرباب الخصوص ، يذهبون إلى ما يذهب به الواقعية ولكنهم يضيقون المعيار الذى يتعين به معنى الخاص حقيقة وفي ذلك تتعدد اراؤهم فبعضهم يرى أن الامر الخاص حقيقة في الاباحة وأخرون يرون أنه حقيقة في الندب وفريق ثالث يقول انه حقيقة في الوجوب ، أما النهى الخاص فالبعض من أرباب الخصوص يرون أنه حقيقة في التحريم مجيز فيما سواه .

والجمهور على أن مدلول الأمر هو الوجوب ومدلول النهى هو التحريم ، أليس منطوقا أن يجد الباحث نفسه وازاء هذا التعدد في الآراء في متاهة وأن يتساءل متى يمكن للمجتهد — عن اطمئنان — ان يعتبر ان النص قطعي الدلالة وبعبارة أخرى ماهو المعيار السليم الذى يمكن أن نستهديه لوصف النص بانه قطعي الدلالة ؟ جلى مما سلف أن علماء الأصول يختلفون اختلافا بينا في الاجابة على هذا السؤال وأنهم لم يتفقوا على معيار بذاته ليكون ضابطا للمجتهد في فهمه للنص . إن قطعية الدلالة صفة من صفات الفقه ولذا فإن تقريرها اما أن يستند إلى مذهب من المذاهب — أى إلى مدرسة من مدارس الاجتهاد —

وهنا يمكن أن يعارض المذهب بمذهب آخر ، وأما أن يتحرر المجتهد من آراء المدارس وعندئذ يمارس هو اجتهاده الخاص . وهكذا فإن القول عندى انه مامن نص فى المعاملات إلا ويخضع لاجتهاد المجتهد وأن هذا الاجتهاد لا بد منه بداءة لتقرير ما إذا كان النص قطعى الدلالة ، فلا اجتهاد أمام حكمه أم انه ليس بقطعى الدلالة وعندئذ يعمل على تحديد دلالة . وفى قول آخر لا بد من الاجتهاد أولا لوقف الاجتهاد آخر . ومن ثم فإن القاعدة « لاجتهاد مع النص » تحتاج فى باب المعاملات إلى اعادة نظر لتحديد المقصود منها .

فلا غرو اذن أن قلت إن بقاء علم أصول الفقه — منذ مولده — على حاله ودون مراجعة وتطوير أمر يدعو إلى التعليق الناقد، ولعل الله يقيض له من بين علمائه من يشعر عن ساعد الجذ عساه يهيه لمواكبة الافكار المعاصرة على نحو ما فإن فى ذلك خيرا كثيرا لأن ماخلفه لنا السابقون فيه تراث مجيد وجهد حميد .

قد يقال إن القاعدة التى تمنع الاجتهاد امام النص قاعدة يقصد بها ترتيب الأدلة فبنى العلوية للنص قطعى الدلالة على الاجتهاد وهذا قول اتفق معه فى جانب واخالفه فى جانب . فإنى اتفق معه فى أن العلوية للنص قطعى الدلالة إذ لا جدل فى انه ليس للمجتهد أن يغير من حكم قطعى الدلالة ولكنى أخالفه فى انه مامن نص يمكن بداءة ذى بدء ودون إعمال فكر أن يعتبر قطعى الدلالة لأن وصف النص بأنه قطعى الدلالة لا يستند إلى نص فى القرآن أو الحديث يضيفى القطعية على النص وإنما يستند إلى مدى فهم المجتهد للنص ، وقد يرى البعض أن نصا ما قطعى الدلالة ويراه البعض الآخر غير ذلك .

ولعل القائلين بانه لا اجتهاد مع النص قد قصدوا أن الحكم لا يعتبر نصا إلا إذا ثبت أنه قطعى الدلالة ، فإن صح ذلك فإن القاعدة تفقد معناها ويذهب مدلولها لأن اباحة الاجتهاد أمام نص قطعى الدلالة يعنى منح سلطة التفسير التشريعى للمجتهد وهذا ما ترفضه النظرية الإسلامية جملة وتفصيلا حيث أن مصادر الشريعة الإسلامية تحدت بوفاة الرسول ﷺ .

ومن ثم فإن القاعدة الأصولية التي تقضى بأنه لا اجتهاد مع النص تعنى في الحقيقة انه لا اجتهاد مع النص إذا ثبت — عن طريق الاجتهاد الأول — انه نص قطعى الدلالة . وكما قدمت فإن المجال الحقيقي لتطبيق هذه القاعدة هي النصوص في العبادات أما النصوص في المعاملات فإنى — فيما قرأت — لم أتبين من بينها نصا يعتبر قطعى الدلالة . وتلك مرونة شاءت حكمة العلى القدير أن توفرها في أحكام المعاملات حتى تتحقق رحمة المولى برفع المخرج عن عباده وعدم اغلاق الباب دون تطوير الأحكام بما يجارى حاجات الناس وضرورات العباد على مدى العصور والأيام .

المبحث الثالث

فى

طرائق الاستنباط (التفسير)

تمهيد :

يطيب لى بادى ذى بدء أن أنه هنا إلى أننى أعالج هذا الفصل على نحو قد يتعارض مع الطريقة التقليدية لعلماء الأصول واستخدم بعض المصطلحات فى مفهوم قد يخالف مسار عليه الجمهور. ولى عذرى فى ذلك فقد أسلفت أن النظرة المعاصرة تتطلب إعادة النظر فيما قال به الأوائل لتهيئة الدراسة لما تقتضيه المسائل .

يعالج علماء الأصول الدراسة التى أقدمها فى هذا الفصل تحت عنوان « مصادر الفقه العقلية » وهم يقصدون الحدود التى رسمها علم الأصول والقواعد التى وضعها كى يتحرك فى اطارها العقل وهو يستنبط الأحكام من مصادرها الأصلية وتتغيا هذه الحدود والقواعد عقل المجتهدين عن أن يزيغ معه الفكر أو ينحرف به الذهن فيتكسب سبل العدالة أو يستسيغ الظلم أو يستقل بالتشريع .

إن هذا المعنى وذلك المقصد لا يخرج فى تقديرى عن أن يكون وضعاً لطرائق التفسير التى تضبط اجتهاد المجتهد وهو يستنبط الحكم الشرعى من مصدره القرآن والسنة ومن ثم فهى ليست مصادر للحكم ولاهى دليل عليه لأن المصدر هو القرآن والسنة والدليل هو الاجتهاد أما هذه الأصول والقواعد فهى الضمان لكى لا يشط المجتهد فى فهمه ولا يحيد المستنبط عن طريقه ولذا عزفت عن المسمى الجارى لدى علماء الأصول .

ويبدو أن من علماء الأصول من يفرق بين الاجتهاد والاستنباط ويعتبر أن الاستنباط هو التعرف على الحكم إذا لم تثبت هذه العلة بالنص أو بالاجماع .
والحق أن التعرف على العلة هي مهمة القياس والقياس في تقدير ضابط من ضوابط الاستنباط وليس هو كل الاستنباط فقد قدمت أن القرآن الكريم استخدم لفظة الاستنباط في معنى « الاجتهاد » (لعلمه الذين يستنبطونه منهم) (النساء/ ٨٣) وأوضح عند الكلام على القياس طرائق البحث عن العلة .

وقد اخترت من طرائق الاستنباط أو ضوابط التفسير أكثرها تداولاً بين الفقهاء ، وأعرض لها بإيجاز شديد من خلال المنظور الذي أطل منه هنا على تلك القواعد والضوابط تاركاً التفاصيل لكتب علم الأصول لأنني وعدت ألا أسير على النمط الشائع وهو أن تغلب دراسة فقه الأصول على معالجة ما يجب أن نتغياها للمشكلة من حلول . والطرائق التي أعالجها هنا هي : القياس والاستحسان والمصالح المرسلة (الاستصلاح) والذرائع والاستصحاب .

الفرع الأول

فى القياس

تعريف وتحديد :

اختلف الأصوليون فى تعريف القياس عبارة وإن تقاربوا معنى . وقد عرفه البعض بأنه « تسوية واقعة لم يدل على حكمها نص بواقعة يدل على حكمها نص فى الحكم الذى دل عليه النص لتساوى الواقعتين فى علته » (عبد الوهاب خلاف — مصادر التشريع الإسلامى — المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٥٢) . وأوضح آخرون فقالوا إنه « عبارة عن الحاق واقعة لم ينص على حكمها بواقعة نص على حكمها الكتاب أو السنة (أو الاجماع) لاشتراكها فى علة الحكم » (نظام الدين عبد الحميد — مفهوم الفقه الإسلامى — مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٤ ص ١٧١) . ونظرة الفقه التقليدى إلى القياس هو أنه مصدر من مصادر الفقه الإسلامى وتأتى رتبته بعد رتبة الاجماع ، وهو وجه من أوجه الاجتهاد بالرأى الذى هو عبارة عن بذل المجتهد جهده بغية الوقوف على حكم مسألة شرعية ليس فيها نص فى ضوء القواعد الأصولية التى سنّها الشارع لاستنباط الأحكام إذ الاجتهاد بالرأى يشمل القياس وغير القياس من المصادر الفعلية وإن كان فى فترة من الفترات يستعمل بمعنى القياس فقط .

والمقصود بالرأى هنا هو الرأى الصادر عن التفكير المبني على قواعد الشريعة الهادف إلى الوصول إلى وجه الصواب فى مسألة لا حكم فيها للشريعة ، لا الرأى الباطل المبني على الهزل أو المخالف لدليل من الأدلة الشرعية . وأما ماجرى على لسان قسم من الصحابة والفقهاء من ذم للرأى فهو ماكان من النمط الثانى لا الذى هو من النمط الأول الذى عبر عنه ابن القيم بأنه مايراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه

الامارات (نظام الدين عبد الحميد - المرجع السابق ، ص ١٧٢ - ١٧٣) وهذا التصور للقياس هو - كما أوضحت آنفا - إرهاب للأفكار وتعمية لما بين المفاهيم المختلفة من فوارق ولذا فإن أسوقه مكتفيا في نقده بتناقض بعضه مع البعض الآخر ، فضلا على أنه يرتفع بالاجماع إلى مستوى المصدر الأصلي وهذا مايجب صوته في نقضه .

ويقوم القياس على أركان أربعة هي :

١ - الأصل ، وهو المقيس عليه ويشترط في المقيس عليه أن يكون ثابتا بالكتاب أو الحديث لأنهما هما المصدران الشرعيان فلا يكون الحكم شرعيا إلا اذا قيس على نص في أيهما من حيث أن القياس يتم على الأصل لا على الفرع .

وأن تكون له علة يدركها العقل فالعقل مثلا لا يدرك الحكمة في بعض العبادات ولذا نهى لاتصلح أن تكون مقيسا عليه .
وألا يكون مختصا بالأصل فقط وألا تكون علة قاصرة عليه دون غيره من الأحكام . واختلف الفقهاء حول طبيعة الحكم المقيس عليه فاشتراط البعض أن يكون الحكم متفقا عليه وأجاز البعض القياس على حكم مختلف عليه .

٢ - الفرع ، وهو المقيس الذي يحمل على المقيس عليه لخلوه عن الحكم ويشترط فيه أن يكون مساويا للأصل في علة الحكم ذاتها أو جنسها - وأن يكون حكما من حكم يدل عليه نص وأن يتأخر تشريع حكمه عن حكم الأصل فلا يترتب على القياس تقدم الفرع على أصله .

٣ - أن تكون له علة متعددة غير قاصرة عليه وحده . وأهم شروط العلة :
(أ) أن تكون وصفا ظاهرا يمكن التعرف على وجوده في المقيس والمقاس عليه .

(ب) منتزعة لا تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال .

(ج) متعددة تتحقق في الفرع كما تتحقق في الأصل .

(د) لم يبلغ الشارع اعتبارها

(هـ) مناسبة لنشر الحكم أى أن يكون ربط الحكم بذلك الوصف جالبا لمنفعة .

مسالك العلة :

يستدل المجتهد على علة الحكم عن طريق أحد المسالك الآتية :

(أ) النص ، ودلالة النص قد تكون صريحة وقد تكون على وجه يحتمل التعليل احتمالا راجحا . ويختلف الفقهاء حول مفهوم إشارة النص فالبعض يعتبره دلالة مستقلة عن النص والبعض يجعله مسلكا مستقلا عن مسالك العلة وفريق ثالث يجعله ضمن دلالة النص ويعتبره فرعاً من فروعها . وأيا كان الخلاف فإن جوهر القضية هي دلالة النص على العلة . ويلحق الفقهاء — وأنا أرفض هذا اللاحق — يلحقون الاجتماع بالنص في التعرف على العلة .

(ب) السبر والتقسيم ، والسبر هو اختيار المجتهد للصفات ليختار ما يصلح منها علة للحكم أما التقسيم فهو استعراض الأوصاف التي يرى المجتهد أنها تصلح ابتداء علة للحكم بقصد استبعاد ما لا يصلح للعلة واستبقاء الوصف الذى تتوفر فيه كافة شروط العلية . وبدعى أن الفقهاء قد تختلف انظارهم عند السبر والتقسيم في علة حكم من الأحكام .

(ج) المناسبة وهي عبارة عن وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم عليه حصول ما يصلح أن يكون مقصودا من شرع ذلك الحكم سواء أكان الحكم نفيا أم ثابتا وسواء أكان ذلك المقصود جلب مصلحة أم دفع مفسدة وهي تدعى بالمصلحة والاستقلال ورعاية المقاصد كما تدعى بالاحالة بمعنى الظن لأن المجتهد ظن بعد التدبر أن وضعاً من الأوصاف هو علة الحكم التي يبحث عنها .

ويلحق البعض المناسبة ضمن إطار السبر والتقسيم ويجعلها البعض مسلكا مستقلا واعتد به سواء اعتبرها الشارع بنص أن لم يعتبرها واشترط البعض لاعتبارها سلكا أن يعتبرها الشارع بنص .

ويقسم بعض الأصوليين الأوصاف المناسبة من حيث اعتداد الشارع بها أو عدم اعتداده إلى ثلاثة أقسام :

(١) المناسب المؤثر ، وهو أعلى أنواع المناسب لأنه هو الوصف الذي اعتبره الشارع بعينه علة لعين الحكم الذي شرعه سواء ورد اعتبار علة صراحة أم إشارة .

(٢) المناسب الملائم وهو الوصف الذي لم يقم دليل من النص على اعتباره علة لعين الحكم ، وإنما قام الدليل على اعتبار عينه علة لجنس الحكم أو اعتبار جنسه لعين الحكم أو اعتبار جنسه علة لجنس الحكم .

(٣) المناسب الملغى ، وهو الوصف الذي يبدو لأول وهلة أنه صالح لبناء الحكم عليه ولكن يتضح بعد التدقيق أن الشارع ألغى الاعتداد ولا يبنى حكم عليه .

(٤) المناسب المرسل ، وهو الوصف الذي يتضح للمجتهد أن بناء الحكم عليه يحقق المصلحة دون أن يجد من الشارع ما يدل على الغائه إياه أو الاعتبار به فهو مناسب لأن بناء الحكم عليه يحقق مصلحة وهو مرسل لخلوه من دليل شرعي يؤيده أو ينفيه ، ولذا يسميه المتكلمون المرسل الملائم ويسميه المالكية المصالح المرسله ويطلق عليه الغزالي الاستصلاح . وهذا ما أزيد وضوحا بعد قليل .

مناط العلة :

يستعمل علماء الأصول في مناط العلة عدة مصطلحات أوجز معناها فيما يلي :

١ - تنقيح المناط ، وهو الاجتهاد لتعين العلة في النص ، وتحديدتها من بين أوصاف عدة لا يصلح منها سوى وصف واحد علة للحكم . وبخلاف تنقيح المناط عن السبر والتقسيم في أن السبر والتقسيم مجريان في نص غير مشتمل على العلة ويراد بهما الوصول إلى العلة لا إلى تخليصها وتهذيبها من غيرها شأن الحال في تنقيح المناط .

٢ — تحقيق المناط وهو الاجتهاد لاستنباط علة حكم جاء به نص عن طريق السبر والتفسيـم .

٣ — تحقيق المناط ، وهو الاجتهاد لتحقيق علة الحكم الثابتة بالنص أو بأى مسلك آخر فى واقعة وسحبها إلى واقعة اخرى واعطائها الحكم ذاتها للعلة ذاتها .

أنواع القياس :

أ — من جهة الحكم : ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

(١) القياس الأولى ، وهو ما كانت علة الفرع فيه أقوى من علة الأصل لذا يثبت حكم الفرع من باب أولى .

(٢) القياس المساوى ، وهو ما استوت فيه علة الحكم فى كل من الأصل والفرع دون أن يرجح أحدهما على الآخر .

(٣) القياس الأدنى ، وهو ما يكون تحقيق العلة فى الفرع أدنى من تحققه فى الأصل .

ب — بحسب الدرجة والقوة : ينقسم قسمين :

(١) القياس الجلى ، وهو ما قطع فيه بانعدام الفارق بين الأصل والفرع وهذا يشمل القياس الأولى والقياس المساوى .

(٢) القياس الخفى ، وهو ما لم يقطع فيه بنص يبقى تأثير الفارق بين الأصل والفرع ، وهذا يشمل القياس الأدنى ويعتبره الحنفية لونا من ألوان الاستحسان .

حجية القياس :

لم يتفق علماء الأصول على حجية القياس فالبعض يثبت حجية والبعض ينفى عنه تلك الحجية .

أ - أدلة مثبتى القياس :

- (١) آيات القرآن الكريم التى قاس فيها المولى حالا على حال كقياس من لا ينتفع بما حمل من علم على حال حمار يحمل اسفارا .
- (٢) قياس الرسول ﷺ وضعاً على وضع آخر لاثبات حكم ما كقياس اتيان الزوجة فى حلال على ما يترتب على وضع الشهوة فى الحرام من وزر .
- (٣) ماصدر عن الصحابة من قياس فى بعض الأحكام كقياس على بن أبى طالب الاجتماع على القتل على الاجتماع على السرقة .
- (٤) الغاية من تشريع الأحكام هى مصالح العباد وهى تتشعب وتتنوع والفطرة السليمة تحتكم إلى القياس . فإذا نهى المرء عن شراب معين لكونه ساماً وقتلاً فإنه يقيس على ذلك النهى عن كل ما هو سام وقتل .

ب - أدلة نقاط القياس :

- (١) دلالة القياس دلالة ظنية لاتفيد العلم وقد نهى الله عن اتباع ما لا علم لنا به فى قوله عز وجل « ولاتقف ماليس لك به علم » (الاسراء / ٣٦) .
- (٢) القياس تقدم بين يدى الله ورسوله وهذا محرم بقوله تعالى « يأيا الذين آمنوا لاتقدموا بين يدى الله ورسوله » (الحجرات / ١) .
- (٣) روى عن الرسول ما يفيد أن الناس تضل إذا همى عملت بالقياس وأنه امرنا بعدم البحث عن اشياء سكنت الله عنها رحمة بنا والقياس هو بحث عن حكم تلك الأشياء المنسكوت عنها .

(٤) ماروي عن الصحابة كعمر وعلي وابن مسعود من آراء تفيد نفى القياس كقول علي مثلاً « لو كان الدين بالرأى لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه » .

ولأريد أن أطيل الحديث بمناقشة حجج نقاد القياس فهي تقوم على فهم غير دقيق لبعض آيات القرآن وأحكام الحديث بل إنها تستند إلى أحاديث ضعيفة ، ولذا فإن منطق مثبتى القياس هو الأسلم والأولى بالاتباع .

الفرع الثاني في الاستحسان

تحديد وتعريف :

الاستحسان لغة هو عد الشيء حسنا حسيا كان أو معنويا . وقد تعددت فيه التعريفات الفقهية ولكنها لا تخرج عن مفهوم عام وهو أن « الاستحسان عبارة عن العدول عن حكم شرعى فى واقعة إلى حكم آخر يقتضيه دليل شرعى بسند الاستحسان أو وجه الاستحسان ... العدول قد يكون بالعدول من قياس إلى قياس آخر ، وقد يكون بالعدول إلى الاستثناء من اصل كلى ، أو بتخصيص بعض افراد العام من عمومته لدليل داع للعدول » (نظام عبد الحميد - المرجع السابق ، ص ٤٠٦) .

حجية الاستحسان :

يستدل مثبتو الاستحسان على صحة رأيهم بقوله تعالى « واتبعوا أحسن ما أنزل اليكم من ربكم » (الزمر / ٥٥) . وقوله عز وجل « فبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » (الزمر / ١٧ ، ١٨) وقوله عز من قائل « وأمر قومك بأحسنها » (الاعراف / ١٤٤) . واستشهد بقول ابن مسعود « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » . ثم إن الاستحسان هنا ليس قولا بالهوى ولا مداراة للتشهى وإنما يستند إلى دليل يوجهه .

ولكن هناك من ينشئ الاستحسان من الفقهاء بدعوى أن الاستحسان نوع من التشريع وأن الاستحسان قول نهى عنه شرعا ولذا فإنه لم يعرف من أهل العلم أنه دليل شرعى لأن القياس الذى يترك بالاستحسان لا يجوز طرحه إن كان ذا حجية وإذا كان باطلا فيجب تركه من الاساس ولعل الخلاف بين

الفريقين خلاف لمنظى مرجعه أن كلا من الفريقين يفهم معنى الاستحسان على نحو يخالف مفهوم الفريق الآخر ، ولذا فإن الفريقين ينتهيان إلى حكم واحد في المسألة ولكن الفريق المعارض يستند إلى أدلة أخرى غير الاستحسان .

أقسام الاستحسان :

وينقسم الاستحسان إلى اقسام :

- ١ — الاستحسان بالقياس الخفى ، أى العدول عن قياس جلى إلى قياس خفى لدقة علته . ومثاله أن سؤر سباع البهائم نجس وتبعاً فإن القياس يقتضى الحكم بنجاسة سؤر سباع الطير لانهما سواء فى تحريم أكل اللحم سباع البهائم وسباع الطير ولكن سؤر سباع الطير اعتبر طاهراً استحساناً قياساً على سؤر الادمى الذى لا يؤكل لحمه .
- ٢ — الاستحسان بالنص ، اى ورود النص القاضى بحكم فى مسألة على خلاف الحكم الكلى الثابت لنظائرها فالقاعدة تقضى مثلاً بإبطال الوصية لانها تصرف نصاً إلى ما بعد الموت ولكنها جازت استحساناً بالنص لقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » (النساء / ١١) .
- ٣ — الاستحسان بالمصلحة ، أى أن تستدعى للمصلحة العدول عن حكم كلى فى مسألة من المسائل وسحب حكم آخر عليها يخالف ذلك الحكم . ومن أمثلته صحة وصية المحجور عليه مع أن الأصل هو عدم صحة تبرعاته لأن الوصية لاتعارض الغرض من الحجر وهو المحافظة على مال المحجور عليه فى حياته .
- ٤ — الاستحسان بالضرورة ، أى المعدول عن حكم اصلى كلى فى مسألة إلى حكم يخالفه بدافع الحرج والضرورة كالحكم بصحة عقد البيع ولو اقترن بغبن يسير .
- ٥ — الاستحسان بالعرف ، اى جريان العرف على استثناء حكم مسألة من

قاعدة كلية . كالحكم بصحة وقف المتقولات مع أن المفروض في الشيء الموقوف أن يكون ذا كيل دائم .

ويضيف الفقهاء صورة سادسة للاستحسان عن الاستحسان بالاجماع ويقصدون بذلك اتفاق أهل العلم على حكم في مسألة بخلاف حكم القاعدة التي تنضوي تحتها تلك المسألة . والحق أن هذه الصورة تستند إلى مفهوم خاص يقول به مثبتو الاستحسان للاجماع . إذ كيف يكون هناك استحسان بالاجماع مع أن الأخذ بالاستحسان في ذاته ليس محل اجماع الفقهاء فالشافعية والظاهرية وجمع من المتكلمين يذهبون إلى عدم حجية الاستحسان وعدم جواز بناء الاحكام عليه .

الفرع الثالث فى المصالح المرسله (الاستصلاح)

تحديد وتعريف :

المصلحة بمعنى الصلاح والمنفعة وجمعها المصالح . والمصالح على ثلاثة أقسام :

أ — مصلحة معتبرة ، وتشمل الوصف المناسب المؤثر ، اى الوصف الذى اعتبره المشرع بعينه علة لعين الحكم الذى شرعه سواء وراء اعتبار علته صراحة أم اشارة . فالقرآن يمنع البيع وقت النداء للجمعة حتى لا يحول دون السعى إلى صلاة الجمعة وإذن فكل ما يدعو إلى تلك الحيلولة يرد عليه حكم المنع قياسا . والوصف المناسب الملائم وهو الوصف الذى لم يتم دليل من النص على اعتبار علة الحكم لعين الحكم وإنما قام الدليل على اعتبار عينه علة لجنس الحكم أو اعتبار جنسه علة لعين الحكم أو اعتبار جنسه علة لجنس الحكم مثال ذلك قياس الاخ الشقيق على الاخ فى ولاية النكاح على تقدمه فى الميراث لملائمة وصف الشقيق لاثبات الحق فى ولاية النكاح .

ب — مصلحة ملغاة : وهو الوصف الذى قد يبدو أنه يصلح لبناء الحكم عليه ولكن انعام النظر يكشف عن أن الشارع قد ألغى الاعتداد به ولذلك سقط عن الاعتبار ، وذلك كوصف القرابة التى يتساوى فيها الذكر والانثى بالنسبة للاب فانها لاتصلح علة لتساويهما فى الميراث .

ج — مصلحة مرسله ، وهى الوصف الذى يظهر للمجتهد انه مظنة أو دفع المضرة عند بناء الحكم عليه دون أن يجد من الشارع ما يدل على الغائه أو الاعتبار به . والغزالي يطلق على المصالح المرسله مسمى

« الاستصلاح » ويطلق عليها المتكلمون اسم « المناسب المرسل الملائم » ويسمونها البعض استدلالا .

والمصلحة المرسلة باب من الابواب الواسعة دخل منه الفقهاء عبر العصور لبناء الكثير من الاحكام .

حجة المصالح المرسلة :

بدهى أن مجال أعمال المصالح المرسلة هي المعاملات وليس العبادات لان سبيل المصالح المرسلة هو التوقيف . ثم اننا لا نستطيع أن نلجأ إلى المصالح المرسلة في أحكام المعاملات الثابتة بنص قطعي كمدة العدة من وفاة وطلاق . ويستند مثبتو المصالح المرسلة في التدليل على أنها حجة شرعية فيما لانص فيه إلى مايلي :

- (١) شرع الله الأحكام لتحقيق مصالح العباد ودفع الضرر عنهم .
- (٢) صدق المصلحة المرسلة غالب فلا يجوز تقطيعها خشية الوقوع في مفسدة ينذر تحققها .
- (٣) تتغير المصالح بتغير الزمان والمكان ولا بد من إفساح المجال أمام المجتهد لاستنباط الأحكام لما يجد من القضايا وفق المصالح والاضافات الشرعية بمصالح العباد .
- (٤) لم ينكر أحد الأحكام التي توصل إليها الفقهاء بناء على المصالح المرسلة .

يد أن الامام الغزالي يريد الأخذ بالاستصلاح في دائرة محدودة هي أن يكون ضرورة لحفظ الدين أو النفس أو النسل أو العقل أو المال وقاطعة في جلب منفعة أو درء مفسدة ، وعامة تعود بالنفع لعامة المسلمين وليس لشخص أو جماعة .

وهناك من ينكر الأخذ بالمصالح المرسلة كلية — كالحنفية والشافعية — للاعتبارات التالية :

(١) إذا خلت المصلحة من مرجحات الاعتداد أو الرفض فلم لانرجح جانب الالغاء على جانب الأعمال .

(٢) قد يصل عن طريقها أهل الاهواء إلى مآربهم وابتداع ما يحلو لهم من أحكام فضلا على أن هذا قد ينجم عنه اختلاف الأحكام بالنسبة للأمر الواحد باختلاف العقول والاهواء .

والحق أن المصلحة المرسلة واجهة لها جاذبيتها في تطوير الأحكام ومسايرة متطلبات العصر والزمان والبقاعدة العامة أن الله لم يجعل على الناس في الدين من حرج . فلا غرو أن نجد من ينكرها لفظا ويتبعها واقعا ومن الأمثلة البارزة على ذلك ابو حنيفة وقد أخذ الحنفية بالاستحسان وجعلوا المعلم سنداً من اسانيده فكيف ينكرون بعد ذلك الاحتجاج بالمصلحة المرسلة . ولذا يقول الزركشي « وقد اشتهر انفراد المالكية القول به ، وليس كذلك فإن العلماء في جميع المذاهب بمطلق المناسبة ، ولا معنى للمناسبة إلا ذلك » (نقلا عن نظام الدين عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥) .

ثم إن هناك شروطا للعمل بالمصالح المرسلة تحول بين صاحب الهوى وبين أن يتخذ من المصلحة المرسلة مركبا يحقق بها أغراضا يشترط أن تكون ملائمة لمقاصد الشارع ولا تنافي أصلا من أصوله ، وأن تنسجم مع العقول السليمة ، وأن من المصالح المتخففة وليست المتوهمة ، وأن تكون عامة لا خاصة ، وألا تتعارض مع مصلحة أخرى تكون أجدر منها بالاعتبار .

كما تختلف المصلحة المرسلة عن الاستحسان في انها ليست عبولا عن حكم أمر آخر أو استثناء عن حكم أصل من الأصول وإنما يثبت حكمها ابتداء للجلب منفعة أو دفع مفسدة .

الفرع الرابع فى الذرائع

تحديد وتعريف :

الذرائع جمع ذريعة والذريعة فى اللغة هى الوسيلة . والذرائع اصطلاحاً بمعنى الوسائل المباحة المؤدية إلى المحرمات أو هى المسألة التى ظاهرها ألا يأخذ ويتوصل بها إلى الفعل المحظور فيكون سد الذرائع بمعنى التوصل بالمباح المفضى إلى ما هو ممنوع شرعاً ولذا يحرم مثلاً النظر إلى الأجنبية مع أن النظر مباح فى حد ذاته ، وذلك لأن النظر هنا قد يؤدى إلى اقتراف الفاحشة .

ويقابل سد الذرائع فتح الذرائع أى الأخذ بالوسائل المؤدية إلى ما فيه المصلحة فما يؤدى إلى المحرمات يكون محرماً وما يؤدى إلى الواجب يكون واجباً وما يؤدى إلى المباحات يكون مباحاً . ومن ثم فإننا نبيز دفع المال للدولة بحاربة اتقاء لشرها إذا لم يكن فى المسلمين قوة تمكنهم من دفع أذاها .

أقسام الذرائع :

والذرائع مباحة أصلاً ولكنها قد نفى إلى ما هو محرم على ثلاث فئات :

- ١ — ذرائع قد تؤدى إلى المفساد كالنطق بكلمة حق عند حاكم جائر ، فهذه ذريعة تتاح شرعاً .
- ٢ — ذرائع يغلب أن تؤدى إلى المفساد كبيع العنب لصانع الخمر ، وهذه ذرائع محرمة .
- ٣ — ذرائع موضوعة للافضاء إلى مباح ولكنها تستعمل لغير ما وضعت له كالتزوج من امرأة بقصد تحليلها لزوجها السابق .

والذرائع من هذه الفئة مفسدها راجحة لكنها ليست غالبية لذا اختلف الفقهاء فيها فمنهم من قال بسدها ومنهم من أمضاها .

حجية الذرائع :

يستدل مثبتو الذرائع بما يلي :

- (١) بعض آيات القرآن الكريم مثل قوله تعالى « يأيا الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا » (البقرة / ١٠٤) فالله ينهى المؤمنين عن مناداة النبي بقولهم راعنا وهو بمعنى اسمع ماتريد أن نسألك لأن اليهود كانوا يلوون به ألسنتهم فيقولون « راعينا » وهي كلمة سب باللغة العبرانية .
- (٢) بعض الأحاديث الشريفة مثل قوله ﷺ « من اكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه قبل » يارسول الله كيف يلعن الرجل والديه ، قال : يسب أبا الرجل فيسب أباه . فجعل سب والدي الغير كسب والدي الساب .
- (٣) لايتوصل إلى المقاصد إلا بأسبابها ولذا فإن وسيلة المقصود تابعة للمقصود فكلاهما مقصود ولهما حكم واحد غير أن المقصود مقصود الغاية والوسائل مقصودة قصد الوسائل فإذا حرم الله شيئا حرم وسائله وإذا اباحه أباح وسائله وإذا أوجبه أوجب وسائله .
- (٤) ورد عن عائشة انها افتت ببطلان بيع باعه شخص ثم اشتراه من مشتره بأقل مما بيع نقدا .

أما الذين ينفون الذرائع فيستندون إلى :

- (١) تحريم الذرائع قائم على الظن والظن لا يغني عن الحق شيئا ولذا فإن التحريم والتحليل لا يكون إلا بالأدلة القطعية .
- (٢) الألفاظ هي المناط في الشرعية وعدم الشرعية لذا يلزم الاعتداد بظواهرها دون البواعث الباطنة والغايات الخفية التي لا يعلمها إلا الله .

(٣) قول عائشة إن صح فهو اجتهاد آحاد وهذا لا يكون حجة على الآخرين .

يبد أن الفقهاء يقررون الأخذ بالذرائع لاسيما المالكية والحنابلة ، والذين لا يأخذون بالذرائع ينتهون إلى الحكم ذاته استنادا إلى ضوابط شرعية أخرى . ثم إن للمقاصد اعتبارها في الشرعية وللنوايا دلالتها لاسيما إذا اقترنت بما يشير إلى الغاية . وفي ذلك يقول الرسول ﷺ « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » . ولذلك يقول القرافي « مالك لم يتفرد بذلك كل أحد يقول بها ولا خصوصية للمالكية بها إلا من حيث زيادتهم فيها ... فتحن قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا لا إنها خاصة بنا » (ارشاد الفحول للقرافي ٢٤٦ ، ٢٤٧) .

الفرع الخامس فى الاستصحاب

تحديد وتعريف :

الاستصحاب لغة يعنى المباشرة والملازمة ويعرفه الأصوليون بتعريفات تجتمع عند القول بأنه الحكم بثبوت امر أو نفيه فى الزمن الحاضر أو المستقبل بناء على ثبوته أو نفيه فى زمن سابق حتى يقوم الدليل على خلافه . فإذا تزوج رجل امرأة وادعى بثبوتها بعد الدخول وانكرت المرأة ادعاءه كان القل قولها لأن الأصل فى المرأة البكارة .

والاستصحاب آخر مدار الفتوى فلا يعمل به إلا اذا لم يوجد دليل آخر من الكتاب والسنة .

أنواع الاستصحاب :

ينقسم الاستصحاب إلى اربع مجموعات :

- ١ — استصحاب حكم الاباحة الأصلية ، أى أن الأصل فى الأشياء الجارية الاباحة حتى يقوم الدليل على التحريم . يقول الرسول ﷺ « ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً » .
- ٢ — استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلى ، فالأصل عدم مشغولية ذمة الإنسان بحق لأحد الا إذا قام الدليل على العكس ولذا يقال بأن البيئة على من ادعى .
- ٣ — استصحاب مانهض الدليل على ثبوته فكل دليل دل الشرع أو العقل على قيامه حكم باستمراره مالم ينهض دليل على تغير حكمه فإذا كان

هناك عقد زواج حكم القاصى بقيام الزوجية واستسراها إلى أن يقوم
، دليل على الفرقة .

٤ - ويضيف الفقهاء قسما رابعا هو استصحاب حكم الإجماع في محل
النزاع والطريف أن الفقهاء والقائلين بالاستصحاب قد اختلفوا في
حكم المسألة إذا تغيرت تلك الصفة فمنهم من قال ببقاء الحكم على
ما هو عليه . مثال ذلك المتييم إذا رأى الماء أثناء الصلاة إذ يرى البعض
صحة صلاته ويرى آخرون بطلان صلاته برؤية الماء ويلزمه الوضوء
واستئناف الصلاة .

حجية الاستصحاب :

يستند مثبتو الاستصحاب على أن ماثبت باليقين لا يزول إلا باليقين فمن
توضاً للصلاة ثم شك في نقض وضوئه يصلى بوضوئه ماشاء أن يصلى فالحكم
متى ثبت شرعا فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدنيوية .

أما نقاد الاستصحاب فيذهبون إلى أنه لا بد من دليل ينهض على بقاء الحكم
على ما هو عليه لأن الدليل دليل على وجود الحكم وثبوته لا على استمراريته
وبقاءه ، ومن ثم فإن بقاء الحكم واستمراريته يحتاج إلى دليل آخر على ذلك .

وتوسط فريق فقال إن الاستصحاب حجة في الدفع والنفي لافي الاثبات أي
أن الحال الثابتة بالاستصحاب تدفع ما يخالفها ولكنها لا تثبت حكما جديدا إلا
إذا قام دليل على ذلك . فإذا اشترى شخص عقارا وادعى آخر أحقيته بالشفعة
فإن هذا الفريق لا يرى له هذا الحق لانهم لا يرون أن استمرار وضع اليد دليل
قاطع على الملكية وقت البيع ولا بد لاثبات ذلك من دليل .

والرأى عندى يتفق مع من يرجحون القول بحجية الاستصحاب لان ما دل
الشرع أو العقل على ثبوته يبقى على ثبوته بحكم الشرع أو العقل وانتفاؤه لا يتم
إلا على أساسها . ثم ان الاستصحاب بذاته ليس دليلا على الحكم وإنما الدليل
هو ما ثبت الحكم السابق .

فرع ملحق فى الحيل فى الفقه الإسلامى

« الحيل » مصطلح يعرفه أكثر من نوع من فروع المعرفة :

فهو فى العلوم العسكرية يعنى المكان ، وأول كتاب اسلامى ألف فى الحيل بهذا المفهوم كان كتاب الحيل للجزرى الشعرانى وقد رفعه مؤلفه إلى الخليفة المأمون . وهناك عدة كتب أخرى تعالج الحيل من الزاوية الحربية لعل أكثرها شهرة — بين القدامى — « التذكرة المروية فى الحيل العربية » لعلى بن أبى بكر الحروى ، وكتاب الحيل فى الحروب وفتح المدائن وحفظ الدروب وهو كتاب مسلم غير معروف ، وإن نسب أحيانا إلى الاسكندر المقدونى . وتستند مشروعية تلك الحيل إلى قول الرسول ﷺ « الحرب خدعة » .

كذلك عرف علم الميكانيكا عند المسلمين باسم « علم الحيل » لكثرة ماتحتويه مفاهيمه الهندسية من حيل علمية . ومن أهم الكتب التى الفت فى هذا الباب من الدراسة كتاب الحيل لموسى بن شاكر وكتاب فى معرفة الحيل الهندسية لابن الرزاز الجزارى .

والحيل — فى الدراسات الجنائية — هى حيل الشحاذين والنصايين — والمؤلفات فى هذه الأمور قليلة أذكر منها كتاب المختار فى كشف الأسرار للجاحظ فقد روى الكثير من تلك الحيل .

ولكن الحيل التى تستهم دراستنا هى الحيل الفقهية أى الحلول الذكية التى يستعان بها لتحقيق غايات يصعب تحقيقها إذا اتبعنا الحلول المباشرة التى تزودنا بها الشريعة الغراء . ولذا فقد ارتأت زمرة من الفقهاء أن المخرج من هذا الحرج

لايتأتى إلا بالخروج على تلك الحلول المباشرة بغية تحقيق النتيجة المرجوة .
والمثل، يوضح ما أقول : نحرّم آيات القرآن الفائدة الربوية نحرّما قاطبا فلامجال
سراحة أو مباشرة ولكن هناك فى الوقت ذاته حالات خاصة تمس فيها الحاجة
للتعامل بالفائدة فى المعاملات التجارية . ولذا فقد تحايل نفر من الفقهاء لاشباع
تلك الحالات دون الخروج على النصوص وتذرعوذلك بعدة حيل أشهرهاهى قاعدة
« بيعه بيعة » ومن صيغ تلك القاعدة — على سبيل البيان — أن يقوم المدين
المنتظر ببيع سلعة نقدا إلى الدائن المنتظر بسعر معين ثم يقوم الدائن المنتظر
مباشرة ببيع السلعة ذاتها إلى المدين المنتظر بسعر أعلى ولكنه مؤجل . فهنا نحن
أمام عقدى بيع صحيحين يعقدان طبقا للأحكام الشرعية ولكن الفرق بين
السعرين يمثل الفائدة المطلوبة ، ولذا تسمى هذه الصفقة بالمخاطرة أو المعاملة ،
وقد كثرت تلك العادة فى المدينة منذ وقت مبكر تتعاصر بداياته مع مالك .

ويمثل فقه الحيل هذا نظرة واقعية تريد أن تربط حاجة الناس العملية بأحكام
الشريعة النظرية ، ذلك أنها تقوم على عدة صفقات كل منها شرعى فى
ذاته ولكن تصل فى مجموعها إلى نتيجة غير التى قد نصل إليها لو أننا طبقنا
الأحكام المباشرة فى النظرية الإسلامية . ولذا فقد غلب على الناس — عندما
يلجأون للحيل — أن يرموا كل صفقة من الصفقات المرتبطة فى وثيقة
منفصلة . بيد أن هذا قد يسمح لاحد الأطراف بأن يستفيد من هذه الوثائق
المتعددة على نحو يخالف ماأراد الطرفان التوصل إليه من جمعها ، ولذا جرت
العادة على أن تدفع الوثائق لدى شخص ثقة ومعها وثيقة غير رسمية توضح
العلاقة المصلحية التى يستهدفها الطرفان من وراء تلك الوثائق مجتمعة وهى
تقابل مانسميه اليوم بورقة الضد ، وعندئذ يحرص الوديع على عدم تمكين اى
من الطرفين من تجاوز الغرض المشترك فيسلم كلا منهما الأوراق التى يحق له
استخدامها فى مرحلة بعينها من العلاقات المتبادلة بحيث لايمكن الاخر من
نساد الصفقة .

كذلك قد تستخدم الحيل لتفادى الالتزامات التى يرتبط بها اصحابها تحتم

القسم أو التي يتعهدون بها بارادة فردية اعتمادا على تسلسل وقائع معينة ولعل هذا الاتجاه يرتبط بموقف الفقه من تفسير الأحكام المتعلقة بهذه الأمور تفسيرا مضيقا أو نصيحة بعض الفقهاء بأن ينحو الناس منحى استخدام الألفاظ الغامضة التي تحمل عدة تفسيرات . ويعتمد أصحاب هذا المذهب على قول لعمر أنه « في معرض الكلام لامندوحة عن الكذب » ، أى استخدام التعبيرات غير الواضحة بل إن هناك حديثا ينسب للرسول ﷺ بأن الكذب يحسب كذبا إلا في حالات ثلاث : إذا كذب المرء لاقامة السلم بين شخصين ، وإذا كذب لزوجته بعمل موعود وإذا كذب في الحرب (الكامل للمبرد) . وينقل عن الصحابي المشهور حذيفة بن اليمان قوله : ابتاع جزءا من ديني بالجزء الآخر مالم يختف كله .

ويبدو أن مدرسة الكوفة هي التي حملت لواء هذا الاتجاه ولذا كثرت مؤلفات اصحابها فيه مثل الاشباه والنظائر لابن تميم وكتاب الحيل والمخارج للخصاف ، والمبسوط للسرخسي ، وكذا تلقى تطبيقات لها في الفتاوى المغيرية وكتاب المخارج في الحيل للشيباني .

ويقف الفقه الإسلامي من الحيل موقفا تختلف درجاته ، فالحنفية — كما اسلفت — هم مبتدعو المدرك .

أما للشافعية ومن سبق من اتباعه فقد اعتبروا الحيل ممنوعة ولكن الكثرة من الشافعية ومن بينهم الفقيه الشافعي الكبير ابن حجر — أقرت صحتها ، ولعل حافظهم إلى ذلك هو مالقيته الحيل من نجاح في الواقع العملي .

أما مالك فقد رفضها رفضا باتا لأنسيما مأسماه ببيع العربان، ولكن المدرسة المالكية فرقت بين الحيل الجائزة والحيل المنوعة وإن غلب عليها أقرار صحة الحيل ، ومن الذين أخذوا بهذه التفرقة محمود بن الحسن القزويني في كتاب له في الموضوع .

ويعارضها بعض الحنابلة ومنهم القاضي ابو يعلى في كتاب اسماء « كتاب ابطال الحيل » . ولاين تيمية دراسة خاصة « إقامة الدليل على ابطال

التحليل . كذلك عارضها أهل الحديث وقد خصص البخارى كتابا من صحيحه لمحاربتها .

والحق أننى لأرى أن الفقهاء الذين أجازوا الحيل وعملوا بها قد قصدوا عمدا تحليل الحرام وإنما ابتغوا تيسير الشئون الحياتية — لاسيما التجارية — على الناس . والحيل بهذا المفهوم هى صورة خاصة من صور الأحكام التى تقتضيها الضرورة وتبعا فيجب عدم التوسع فيها والتحرز فى الفتوى بناء عليها . بيد أن البعض قد أساء استخدامها وترخص فى توسعة مجالاتها الأمر الذى كانت له معقباته على المحدثين من فقهاء المسلمين إذ مجوها وعزفت جمهورتهم عنها .

استطراد : علاقة الضرورة بضوابط الاستنباط :

الضرورة فعולה من الضرر ، وهى فى الأصل مصدر ضرر ، والضرر هو سوء الحال الذى لا نفع معه يساويه أو يُرى عليه فإن كان معه نفع يساويه أو يزيد عليه فلا يسمى حيثئذ ضرا ، ومن ثم فلا يطلق على تناول جرعات الأدوية المريرة مثلا ضرر لما تشمله من منفعة .

وهناك من فسر الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالغير ، وهو تفسير لوحظ فيه الفعل ، وهو مع ذلك تفسير يدخل تحت عموم سوء الحال . أما ما يذكره الفقهاء من اشتراط بلوغ الضرورة حدا معينا . فهو اصطلاح فقهي محض (جميل محمد بن مبارك — نظرية الضرورة الشرعية — حدودها وضوابطها — المتصورة ، ، ١٤٨ / ١٩٨٨ ، ص ٢١ ، ٢٣) .

وبدهى أن الشريعة وضعت لمصالح الخلق ، بيد أن مواضع الضرورة مستثناة من الأحكام الأصلية مع تأييدها بالنصوص والقواعد الشرعية وذلك حفاظا على تلك المصالح . ولذا قدمت أن طرائق الاستنباط — فيما عدا القياس — تعتبر من قبل الطرائق أو الضوابط لاستنباط الأحكام التى تتعلق بحالات الضرورة ، وأوضح ذلك فى عجالة . فالمصالح المرسله هى ضرورة لم ينص على عينها ولا تقاس على المنصوصة بالقياس الخاص . وتتجلى علاقة الضرورة هنا بالمصلحة المرسله فى ثلاث نواح :

أ — أن من الأصوليين من يشترط للعمل بالمصلحة المرسلّة أن تكون مصلحة تدعو إليها ضرورة ، فالضرورة هنا شرط والمصلحة مشروطة .

ب — أن الأصوليين يستنبطون للأحكام الخاصة بما لم ينص الشارع عليه عللا يجعلونها في المسائل التي افتوا فيها بالضرورة .

ج — أن كل أمثلة المصالح المرسلّة فيها تعارض بين مصلحتين وكل أمثلة الضرورة فيها تعارض بين مصلحتين — ومثال ما قدمت فرض ضرائب على الناس إذا احتاج الإمام المسلم العادل إلى ذلك ، فهذا أمر لم تنص الشريعة على عينه ولكن الضرورة دعت إليه .

وتظهر العلاقة بين الضرورة والاستحسان في أن كليهما مستثنى من مقتضى النص الأصلي فالضرورة استثناء مؤقت من النص والاستحسان استثناء من القاعدة القياسية العامة . والاستحسان لا يصر إليه إلا إذا كان استعمال القياس يؤدي إلى فوات مصلحة أو جلب مفسدة ، كما أن الضرورة لا يصر إليها إلا إذا كان تطبيق النص الأصلي يؤدي إلى فوات مصلحة أو جلب مضرة (ابن مبارك — المرجع السابق — ص ٢٣٦) .

وتتجلى أهمية العلاقة بين الضرورة وسد الذرائع في الأمور التالية :

أ — الضرورة وسد الذرائع كلاهما يرتكز على المصلحة ، فالضرورة يأتي حكمها عندما تتعارض المصلحة الأصلية مع مفسدة تُرى عليها ، وسد الذرائع يأتي حكمه عندما ينتج عن تطبيق الحكم الأصلي مفسدة تُرى على مصلحة الحكم الشرعي .

ب — العمل بقاعدة سد الذرائع ليس عملا مخالفا للنص بل هو عمل بروح النص ، والضرورة أيضا لا تخالف النص .

ج — سد الذرائع والضرورة مجتمعان في أصل من الأصول الشرعية الكبرى وهو اعتبار مآلات الأفعال ، والحق أنهما يشتركان في هذا الأصل مع المصالح المرسلّة والاستحسان . فالشارع ينظر دائما إلى مآل الفعل من

حيث ما يؤدي إليه من مصالح أو مفسد ، وينبغي للمجتهد أن يتبع طريقة الشارع في النظر إلى مآل كل فعل . فإذا علم يقينا أو ظنا قويا أن المصلحة التي من أجلها حكم الشرع بحكم معين لن تتحقق بل ربما أدى تطبيق الحكم إلى عكس المقصود منه فينبغي عليه أن يتوجه إلى نصوص أخرى يناسب تطبيقها المقام . (ابن مبارك — المرجع السابق ، ص ٢٥٥ — ٢٥٧) .

ولذا فإن اثبات العلاقة بين الضرورة وسد الذرائع يؤيد القول بالقياس على مجال الضرورات .

وعلاقة سد الذرائع بالضرورة تتضح في ثلاثة وجوه :

أ — تحريم المباح ، عندما رخص الشارع بأمر ولكنه لسبب من الأسباب يؤدي إلى مفسدة ، مثال منع عمر للزواج من الكتايات ، وهذا محل خلاف بين الفقهاء .

ب — أن ينص الشارع على تحريم الإقدام على أمر وتؤدي الضرورة إلى فعله وكان فعله يسد الذريعة إلى كثير من المفسد أكثر من المفسد الناتجة عن الإقدام عليه أو أن ينص الشارع على أمر سدا للذريعة فتؤدي الضرورة إلى فعله .

ج — يجوز ترك الواجب بل يجب تركه سدا للذريعة الوقوع في محرم ضرره أكبر من نفع فعل الواجب .

وللضرورة ضوابط أحب أن أذكرها حتى لا تكون ذريعة في غير محلها أجمعها فيما يلي :

- (١) أن تكون متفقة مع ضوابط الشارع .
- (٢) أن تكون محققة لا متوهمة .
- (٣) ألا تؤدي إزالتها إلى ضرورة أكبر منها .
- (٤) ألا يترتب على إزالتها إلحاق مثلها بالغير .
- (٥) أن تقدر بقدرها .

الباب الثانى فى العلاقات الدولية الإسلامية

- الفصل الأول : فى أشخاص القانون الدولى
الفصل الثانى : فى المعاهدات
الفصل الثالث : فى نظام الحضرين (النظام الدبلوماسى)
والنظام القنصرلى
الفصل الرابع : فى المسئولية الدولية والاستخلاف الدولى

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان واتقوا الله أن
الله شديد العقاب »

صدق الله العظيم
(المائدة / ٢)

الفصل الأول
فى
اشخاص القانون الدولى
المبحث الأول
فى
الشخصية القانونية

الشخصية القانونية فى النظرية المعاصرة :

يختلف شخص القانون فى القانون الدولى المعاصر عنه فى القانون الداخلى ذلك أن شخص القانون فى القانون الدولى يجب أن يجمع صفتين :
أ - الاهلية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات .
ب - القدرة ، أى الارادة الشارعة لوضع أحكام القانون الدولى

أما شخص القانون الداخلى فهو من توافرت فيه الاهلية دون القدرة . ولذا فإن هناك حالة وسطا فى القانون الدولى ولامقابل لها فى القانون الداخلى تلك هى الوحدة التى تملك الأهلية ولا تملك القدرة . إن مثل هذا الفرض يترتب عليه - فى رأى - قيام ذاتية دولية وليست شخصية دولية . والشخصية القانونية قد تكون شخصية معنوية وقد تكون شخصية طبيعية . ونظرا لأن الشخص النموذجى فى القانون الدولى هى الدولة - وهى شخص معنوى - فإن الشخص المعنوى يعتبر هو الشخص النموذجى فى القانون الدولى على عكس القانون الداخلى فإن شخصه النموذجى هو الفرد أى الشخص الطبيعى . وقد دخلت الشخصية المعنوية رواق القانون الدولى من باب الدولة بيد أن الدولة لم تعد الآن هى شخص القانون الدولى الوحيد فقد دخلت نادى اشخاص القانون الدولى وحدات متعددة يتزايد عددها يوما بعد يوم إلى حد كسر

احتكار الدولة للشخصية القانونية الدولية . ومن الوحدات التي تثير الجدل في مجال الشخصية القانونية الشركات متعددة الجنسية وبعض شركات الطيران الدولية وصور من الاستثمار المشترك بين الدولة والشركات الأجنبية العملاقة لاستثمار الثروات الطبيعية وحركات التحرير والأمة كوحدة لها ذاتيتها . وأغلب الظن عندى أن منطق النظرية الإسلامية لا يلقى المعاناة ذاتها التي يلقاها منطق النظرية المعاصرة في الاقرار لتلك الوحدات بالشخصية المعنوية فهو أكثر مرونة ووسع تقبلا للفكرة .

ولما كانت الشخصية القانونية المعنوية هي الأهم بالنسبة لنا في هذه الدراسة فإنى اعكف عليها هنا بكلمة سريعة .

الشخصية المعنوية والنظرية الإسلامية :

إن الشخصية المعنوية ليست إلا حيلة قانونية أريد بها معالجة حالة طرأت ولم تكن في الحسبان تلك هي قيام حقوق للجماعة . إن الفلسفة من وراء مدرك الشخصية المعنوية إنما تستهدف مواجهة مشكلة عرضت وحاجة استجدت عندما أريد وضع قواعد تخاطب المجموعات ذلك أن منطق القانون يقتضى أن يخاطب المكلف مباشرة بأحكام القانون الذى ينظم نشاطه وأن يخاطب على نحو يسمح له بأن يفهم أحكام ذلك القانون ويدرك مقاصده . وهذا يتطلب فى المكلف أن يكون كائنا ذا عقل وإرادة تلتزم وذلك وصف لا ينطبق إلا على الفرد بما له من كيان طبيعى وقدرة واقعية أما الجماعات من حيث هي جماعات فلا تتوفر فيها تلك المواصفات . ومن ثم فقد رغب القانون فى تخطي هذه العقبة وتذليل تلك المشكلة فابتدع فكرة الشخصية المعنوية إذ افترض أن المجموعة التى يخاطبها إنما تنصهر فى بوتقة تلم أفرادها ومن يكونونها فى كيان معنوى — يقابل الكيان الطبيعى للفرد — ولذلك اسمى هذا الكيان المعنوى بالشخص المعنوى . كذلك اعتبر القانون أن لهذا الكيان إرادة قادرة بالنسبة للأغراض التى يخاطبها من أجلها ومن هنا نقول إن إرادة الشخص المعنوى إرادة اعتبارية لأنها طبعاً ليست بإرادة حقيقية .

ومن ثم فإن ادماج المجموع في كيان معنوي والاستغناء عن الإرادة الحقيقية بإرادة افتراضية هو الذي يفسر كيف قامت الشخصية المعنوية في القانون . فليس عجباً إذن أن تكون فكرة الشخصية المعنوية هي ملاذ القانون — أى قانون — وحيلته إذا ما أراد مخاطبة مجموعة معينة لأغراض معينة .

فإذا وضعنا تلك الحقيقة في الاعتبار — نجد أن النظرية الإسلامية قد واجهت هذه المشكلة أيضاً لأن فيها أحكاماً تخاطب المجموع . واسبق أمثلة على ذلك :

يقول عز وجل في كتابه الكريم : « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف » (آل عمران / ١٩٤) وهذا خطاب إلى الأمة في مجموعها وليس إلى فرد بذاته ، وهذا تبعاً يفرض التزاماً على الأمة في كلها وليس التزاماً على كل فرد من أفرادها فحسب ، أى أن الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف — وإن كانت مستحبة من كل فرد على حدة — إلا أن الالتزام بها لا يقع على الفرد وحده وإنما يقع على المجموع كذلك . وخطاب المجموع واضح كذلك في قوله تعالى « وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (البقرة / ١٤٣) . فالخيرية نصاً لا تتوافر بداهة في كل فرد من أفراد الآية الكريمة وإنما هي خيرية تغلب على الأمة في مجموعها وتتسم بها في تصورهما الكلي المعنوي . وقد أناط الإسلام حق العبادة والريادة بهذه « الخيرية » التي تعتلى أسنام القيم والفضائل الموضوعية الإنسانية . ولعل تلك القضية هي التي دعت الفقهاء إلى الكلام عن الفرض العيني والفرض الكفائي . والفرض الكفائي هو الذي يسقط التكليف عن المجموع إذا قام به بعض هذا المجموع . وإن تصور مدرك فرض الكفاية إنما يجد منطقاً في فكرة الشخصية المعنوية لأن الفرض أصلاً واقع على المجموع فكيف يغني أداء البعض له عن البعض الآخر إلا إذا كان نشاط هذا البعض قد أدى بنيابة افتراضية عن الكل .

كذلك إذا قال الرسول ﷺ إن أمة لا تجمع على ضلالة فهو يرتب آثاراً

قانونية على اجماع الأمة وهو أن ماتراه الأمة الإسلامية على أنه حسن فهو عند الله حكم حسن . والأمة ليست كيانا ملموسا ولا تملك إرادة محسوسة فكيف ننسب إليها نشاطا قانونيا أو إرادة آثار قانونية إلا إذا تصورنا الأمة تصورا معنويا على أنها شخص قانوني ذو إرادة اعتبارية . كذلك عندما قرر الرسول ﷺ في شأن الأمان أن المؤمنين يسعى ادناهم بذمتهم فانه — فيما اعتقد — لم يقصد أن المسلم عندما منح الأمان يكون قد سعى بذمة كل فرد من أفراد الأمة على حدة وإنما قصد أن المسلم إنما يسعى بالذمة الجماعية للأمة . ولما كانت الذمة عنصرا من عناصر الشخصية فإن الذمة الجماعية لا تكون إلا للشخص المعنوي .

ولانفسى أن الخطاب في النظرية الإسلامية وإن صدر أحيانا للفرد إلا إنه خطاب من رب العالمين فلا ينفك منه المجموع كما لا ينفك منه الفرد لأنه خطاب مبنى على العقيدة ، وهذا يفسر قوله سبحانه وتعالى « وإذا اردنا أن نهلك قرية امرنا مترفيا ففسقوا فيها فحق عليها القول فدمرناها تدميرا » (الاسراء / ١٦) لأن منطق الآية الكريمة لا يستقيم مع أحكام أخرى في القرآن إلا على اساس مدرك الشخصية المعنوية . فالقاعدة العامة في القرآن هي أن لا تزر وازرة وزر أخرى وإذن فكيف تدمر القرية بفسق مترفيا فيتحمل أهلها وزر الفاسقين إلا اذا كان الفسق ممن يقومون على شؤون القرية بوصفها شخصا معنويا وعندئذ ينسب الفسق إلى المجموع ويكون التدمير عقابا لهذا المجموع .

وهكذا نجد أن من احكام النظرية الإسلامية ما يتطلب المجموع وتبعاً فإن تطبيقه يتطلب الاقرار بمدرک الشخصية المعنوية . والحق أن ذلك المدرك ليس غريبا على الفقه الإسلامي التقليدي لأنه أخذ بالفكرة عندما عرضت له المشكلة في فروض استدعت ذلك . ولعل أهم فرض هو نظام الوقف .

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الوقف ولكن جمهورهم — يوسف ومحمد والشافعي واحمد بن حنبل — ذهب إلى أنه حبس العين على حكم ملك الله

تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء وقيل هو حبس العين على ملك الله تعالى (محمد مصطفى شلبي — أحكام الوصايا والأوقاف ، القاهرة ١٩٦٢ ، ص ٣٢٦) . والتعريف واضح في أن الوقف شخصية معنوية . وكان يكفي هذا للتدليل على أن مدرك الشخصية المعنوية هو من المدركات التي تتعامل بها النظرية الإسلامية لولا أن البعض يذهب إلى أن حكم الوقف حكم استثنائي والاستثناء لا يقاس عليه . وعندى أن هذا الاعتراض يفتقر إلى ساق يقف عليها لان المنطق الذى وضع الحكم للوقف يتكرر فى حالات أخرى . ثم إن الاقرار بالمدرک فى تصور ما هو اقرار بفكرة قانونية يمكن الاستفادة بها عندما تتوفر حکمتها فضلا على أن تطبيق القاعدة فى حالة واحدة لا يعنى حتما ولزاما أن تلك الحالة استثناء ، وإنما يعنى فى وضعنا هذا أن المشكلة التى قابلت الفقه التقليدى قامت فى حالة واحدة هى حالة الأوقاف فلو أنه ووجه بمشكلة مماثلة فأخذ فيها بحكم غير الحكم لكان منطقيا أن نصف الوضع الخاص بالوقف على أنه وضع استثنائي وإنى أسائل عن الحكمة فى النكوص عن الاقرار بمدرك الشخصية المعنوية على الرغم مما فيه من رفع للخرج كما استبان من الأمثلة التى سقتها فيما سلف ، والتى تؤكد أن من أحكام النظرية ما يخاطب المجموع . وقد قدمت أن فكرة الشخصية المعنوية تبيلة قانونية تدرع بها القانون لتقرير الحقوق والالتزامات الجماعية . وإذا كان الشخص المعنوى هو الشخص النموذجى فى القانون الدولى فإن مؤدى رفض الشخصية المعنوية فى النظرية الإسلامية هو اعاقا تلك النظرية عن أن تضع احكاما تنظم العلاقات الدولية .

ولا يفوتنى فى هذا المقام أن اضيف صورة من صور الشخصية القانونية العامة التى لا يمارى فيها الفقه ، تلك هى بيت المال . ذلك أن بيت المال — فى عرف النظرية الإسلامية — يعد بمثابة شخصية اعتبارية يجب دفع الخراج والجزية له ومايرتبه ولى الأمر على المسلمين من التزامات مالية وهو وارث من لاوارث له وله أن يقاضى ويتقاضى .

وإذا كان الفقه الإسلامى قد انكر على الشركات أن تكون ذات شخصية اعتبارية فإنه لم يفعل ذلك جحودا بالشخصية الاعتبارية وإنما لأنه سلك فى تكيف الشركات مسلكا يفتى عن ذلك . لقد نظر الفقه الإسلامى إلى الشركات من زاوية مصلحة الشركاء فإن هى دايت أو تدايت وجب اذن الجميع إلا إذا كان فى عقد تكوينها مايبيح ذلك لمدير الشركة أو اقتضت طبيعة نشاط الشركة ذلك . ولكن النظرية الإسلامية قدرت فى قضية الشركات — وكييت المال مثلا — كيانا منفردا بما له وماعليه دون اعتبار لاشخاص مجتمعين .

إن هذه المقارنة العاجلة توضح — بل تؤكد — أن فلسفة النظرية الإسلامية لاتجافى مدرك الشخصية الاعتبارية لانظرا ولا عملا . فإن صح هذا — وهو فى نظرى صحيح — فإنى لأجد صعوبة فى أن اتابع مسيرتى على درب القانون الدولى . والحق أننى وأنا بصدد الكلام عن الشخصية الاعتبارية أو الحقوق فى القانون الدولى كان يجب أن أفسح المجال لمناقشة صور أخرى من الشخصية الاعتبارية — عدا الدولة — كالمؤسسات الدولية مثلا — بيد أن تأكيد مدرك الشخصية الاعتبارية — من حيث المبدأ — فى النظرية الإسلامية يكفينى فى هذا المقام لاننى بذلك أكون قد أقمت الأساس وأرست الركائز . هذا فضلا على أن هذا السفر لصيق بدراسة القانون الدولى وتبعاً فإنه لا مجال فيه لتفصيل يتعلق بالتنظيم الدولى ، ولذا فإن لى عذرى إن اجتزأت هنا بالكلام عن الدولة .

ومن ثم فإنى اخلص إلى أن النظرية الإسلامية تتسع لمدرک الشخصية المعنوية الدولية استجابة لمتطلبات الحياة الدولية المعاصرة ومواكبة لواقع الجماعة الدولية ورفعاً للخرج وهذا مقتصد من المقاصد الأساسية فى النظرية الإسلامية لاسيما وأن النصوص الشرعية لاتعارض الأخذ بذلك المدرك بل تؤيده وتزكيه . ولقد عرفت العرب مدرك الشخصية المعنوية بمفهوم خاص فى صورة القبيلة ، فلا عجب أن تسمى القبيلة بالعاقلة لأنها تعقل أفرادها . ولعل الرسول ﷺ قد

انطلق من هذا المفهوم عندما خاطب رؤساء الدول المحيطة بالجزيرة — في بدء الدعوة — يدعوهم إلى الإسلام ويحملهم مسئولية عدم استجابة شعوبهم لدعوته . . .

واحِب أن أضيف هنا أن الازدواجية في عناصر الشخصية التي تتطلبها النظرية المعاصرة لقيام الشخصية الاعتبارية لاجال لها في النظرية الإسلامية إذ يكفي في النظرية الإسلامية لتوافر الشخصية الاعتبارية الدولية أن تتمتع الوحدة الكلية بأهلية الوجوب القانونية الدولية ولا حاجة بها لأن تكون قادرة على خلق قواعد القانون ومرجع ذلك أننا اشترطنا في النظرية المعاصرة أن تتوافر القدرة على جانب الأهلية لأن الجماعة الدولية تفتقر إلى سلطة مركزية لها سلطان التشريع الدولي ، أما النظرية الإسلامية فتعرف مشرعا أعلى تسمو ارادته على ارادة الدول ، ذلك هو الخالق عز وجل . وهكذا نجد أن الشخصية القانونية في الشريعة الإسلامية لا تختلف في مفهومها الداخلي عن مفهومها الدولي إذ هي في الحالتين عدل الأهلية ثم إن من الفقهاء المعاصرين مازال — حتى في عصرنا هذا الذي يباهى بما أكدته للناس من حرية — مازال يقول بأن الفرد محل للأحكام القانونية الدولية من حيث أن القانون الدولي يفرض عليه واجبات ولكنه لا يقر له بحقوق . بيد أن هذه النظرية لا تمثل النظرة العامة من قبل الفقهاء فهناك من يرى أن القانون الدولي يتعامل مباشرة مع الفرد دون وساطة الدولة فيضفى عليه الحقوق والالتزامات ، ولعل جروسويس هو أول من قال بهذا الرأي (انظر Korowicz op. cit., pp, 327-332)

وإلى جانب هذه النزعة التي تقول بأن الدولة والفرد كليهما من أشخاص القانون الدولي نجد نزعة أخرى تقصر الشخصية القانونية الدولية على الفرد وحده ، وتلك نزعة لا تجد إلا القليل من الأنصار (كورويز ، المرجع السابق ، ص ٣٣٩) .

أما النظرية الإسلامية فلا تستبعد الفرد من بين أشخاص القانون الدولي ذلك أن معظم آيات القرآن تتوجه بخطابها إلى الافراد . فضلا على أن الفرد

يستمد بعض الحقوق مباشرة من القانون الدولي ، والمثل الذي يثير بونه لذلك حق الفرد في منح الأمان فيلزم بذلك الدولة الإسلامية . واني وأن كنت لا اعتبر الأمان معاهدة إلا أن هذا لا ينفي أنه وثيقة لها اثار دولية تحتاج بها الدولة . وقد يكون المثل الأكبر وضوحا هو مالأهل الذمة المقيمين في الدولة الإسلامية من حقوق . وكما أن النظرية الإسلامية تمنح حقوقا للفرد فهي تفرض عليه التزامات مثال ذلك الجهاد عندما يكون فرضا عينيا . صحيح أن الأهلية الدولية للفرد ذات نطاق أضيق من نطاق الأهلية الدولية للدولة ولكن هذا لا ينفي أن للفرد شخصية قانونية دولية . وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية أكثر تقبلا للفرد كشخص من أشخاص القانون الدولي . بيد أنها لا تحصر الشخصية القانونية الدولية فيه وإنما تقر إلى جانب ذلك بالشخصية القانونية الدولية للدولة . ومن ثم فإن الرأي المعاصر الذي يعترف لكل من الدولة والفرد بالشخصية القانونية الدولية إنما يتفق مع النظرية الإسلامية في تحديد أشخاص القانون الدولي ، والنظرية الإسلامية إذ تأخذ بمفهوم محدد لأشخاص القانون الدولي إنما تغني عن الخلاف المستعر في الفقه المعاصر في اشخاص القانون الدولي .

وأبدأ في معالجة الأحكام الخاصة بأشخاص القانون الدولي بالكلام عن الدولة ثم أثنى بالكلام عن حقوق الأفراد والجماعات .

المبحث الثانى فى مدرك الدولة فى النظرية الإسلامية

تصدير :

تشهد الأحكام العامة فى النظرية الإسلامية بوجوب اقامة الدولة ، وتلك حقيقة تقررت فى اجتماع السقيفة إذ لم يخالف أحد من الصحابة فى أصل اقامتها وإنما انحصر الخلاف فى صفات من يتولى رئاستها . ولذا لم يعترض احد على اى بكر عندما قال « لا بد لهذا الامر من قائم يقوم به . فانظروا وهاتوا برهانكم » .

وقد أشار القرآن الكريم إلى الدولة منذ أن قدر للإسلام أن يكون نظاما وتشريعا اساسه الحق والعدل غير مقتصر فى ذلك على ظهورها بل وكل إلى الرسول ﷺ ثم إلى المؤمنين به تنفيذها والجهاد الخالص فى سبيل هذا التنفيذ بقوله تعالى « أم يحسدون الناس على ما آتاهم الله من فضله فقد آتينا آل ابراهيم الكتاب والحكمة وآتيناهم ملكا عظيما » (النساء / ٥٤) . ووجه الاستدلال أن المقصود بقوله تعالى « أم يحسدون الناس » النبى محمد عليه الصلاة والسلام — إذ حسده اليهود منذ أقام الدين على أساس الدولة ، فكان الرد أن هذا الذى اضطلع به الرسول ﷺ — لم يكن بدعا فى النبوات ، بل لقد سبق أن آتى الله تعالى الملك العظيم لمن سبق من الأنبياء .

فالإسلام اذن دين قائم على قاعدة الدولة منذ قدر له أن يكون تشريعا (فتحى الدرينى — خصائص التشريع الإسلامى فى السياسة والحكم ، بيروت ١٩٨٢ ، ص ٣٢٨) .

ومن السنن التي يحتج بها بعض الفقهاء في ضرورة اقامة الدولة رواية ابن عمر « من خرج من الجماعة قيد شبر فقد خلع الإسلام من عنقه حتى راجعه ومن مات وليس عليه إمام جماعة فإن مؤتته مودة جاهلية » . وقول عثمان بن عفان « إن الله يزع بالسلطان ما لم يزع بالقرآن » . وهذه الروايات وأن كانت لاتعتبر نصا مباشرا في مقام الدولة إلا أن الاستشهاد بها لا بأس به في تدعيم مدرك الدولة وتأكيد معقوليته شرعا ، وذلك أن تحقيق مقاصد الشريعة الغراء لا يتم إلا بتنفيذ أحكامها وهذا لا يتحقق إلا بالدولة فكانت اقامة الدولة واجبة لوجوب ذلك بداهة .

ومما يركى المدرك ماتضمنه التشريع الإسلامي من مظاهر لسيادة الدولة — لاسيما على الصعيد الدولي — من مثل قواعد الجهاد و إبرام المعاهدات . ولذا يقرر ابن حزم أن العقل يوجب اقامة الدولة إذ يقول « وقد علمنا بضرورة العقل وبديته ، أن قيام الدولة بما أوجبه الله تعالى من الأحكام عليهم في الأموال ، والجنايات ، والدماء ، والنكاح ، والطلاق ، وسائر الأحكام كلها ، ومنع المظالم ، وانصاف المظلوم ، وأخذ القصاص على تباعد اقطارهم وشواغلهم ، واختلاف آرائهم . فلا تصح اقامة الدين إلا بالاسناد إلى واحد أو إلى أكثر من واحد » (الملل والنحل لابن حزم — ج ٤ ، ص ٨٧) .

ويقرر الإمام الغزالي « أن ذلك لو دام (أي الفتن وموت السلطان) ولم يتدارك بنصب سلطان آخر مطاع دام المهرج وعم السيف وشمل القحط وهلكت المواشي وبطلت الصناعات وكان كل من غلب سلب ولم يتفرغ أحد للعبادة والعلم وإن بقي حيا والأكثر يهلكون تحت ظلال السيوف ... ولهذا قيل : الدين والسلطان توأمان : الدين أساس والسلطان حارس وما لأساس له فمهلول ومالا حارس له فضائع » (الاقتصاد في الاعتقاد للغزالي — ص ١٠٥ — ١٠٦) . ويتابع الغزالي قوله « فبان أن السلطان ضروري في نظام الدنيا ، ونظام الدنيا ضروري في نظام الدين ، ونظام الدين ضروري في الفوز بسعادة أخرى ، وهو مقصود الانبياء قطعا ، وجوب تنصيب الإمام من

ضروريات الشرع الذى لاسييل إلى تركه . (الاقتصاد فى الاعتقاد ، المرجع السابق ، ص ١٠٦) . ولهذا نرى أن ائمة الفقه السياسى ينتهى بهم اجتهادهم إلى أن اقامة الدولة من اعظم مقاصد الدين ، فيقول الجرجاني إن نصب الإمام من أتم مصالح المسلمين وأعظم مقاصد الدين (شرح الجرجاني على المواقف ، ج ٨ ، ص ٣٤٦) .

يبد أن المدقق فيما اسلفت من قول يستبين أن الفهم السياسى الإسلامى التقليدى للدولة قام على مدرك السلطان الذى يمارسه الإمام أى السيادة الشخصية لرئيس أعلى يتولى أمر المسلمين بما يقيم أمور الدين ويحمى مصالح الناس . ومن ثم فإن الأركان التى كانت فى اعتبار هؤلاء لقيام الدولة هى عنصر الشعب والحاكمة أما عنصر الأقليم فلم يكن واضحا فى ذهن هؤلاء المفكرين ولم يتضح فيما اسلفت من أقوالهم . بيد أن هذا التصور لم يعد هو التصور السليم للدولة اليوم إذا نحن أردنا لدولة الإسلام وجودا تتوفر فيه القوة والمنعة وتنعم فيه بعزة وسيادة لا تخضعها لسلطان اجنبى ولا تذللها للائتثار بأمر استعمارى . إن عصمة الدولة الإسلامية وصون حقها فى الحياة أداء لأمانة التكليف وعمارة الدنيا والإصلاح فى الأرض يتطلب أن تتوفر للدولة ركن ثالث هو الإقليم على تفصيل اوردته بعد قليل . ذلك أن الدولة تتكون فى المفهوم الغربى المعاصر من ثلاثة اركان : اقليم وشعب وسلطة .

ويطيب لى — قبل أن اناقش عناصر الدولة — أن اشير إلى أن القرآن الكريم قد رسم للدولة الإسلامية دورها فى الجماعة الدولية فى قوله عز وجل « الذين إن مكناهم فى الأرض اقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر » (الحج / ٤١) . ومتتضى هذا أن الدولة الإسلامية مجتدة للقيام بمهمة الإصلاح فى الأرض بجميع وجوهه ماديا ومعنويا . وإذن فامرها ليس مقصورا على الإصلاح العقائدى فحسب بل يسبب بجهوده فى تدعيم أسس الحضارة الإنسانية ويدل دلوه فى حقول الرفاهية العامية .

الفرع الأول في عناصر الدولة في النظرية الإسلامية

دهليز إلى البحث :

قلت إن الدولة الإسلامية لم تعرف في بداية عهدها التصور الغربي الثلاثي الذي يجمع السلطة والإقليم والشعب إذ كانت نظرة الفقه الإسلامي إلى الدولة منبعثة من غاية تلك الدولة . إن غاية الدولة الإسلامية هي نشر الدعوة الإسلامية في ربوع العالم والوصول بكافة الناس إلى اعتناق الإسلام . ودعوة لها هذه الصفة العالمية لا يمكن أن تنحصر في مكان أو تحد بمحدود ولذا نظر الفقهاء إلى السلطة السياسية في الدولة الإسلامية على أنها سلطة شخصية تتابع المسلمين أينما كانوا وحيثما حلوا وليست سلطة مكانية تنحصر في إقليم بعينه . وإذن فالدولة الإسلامية دولة عالمية الأقوم ودولية بلا تخوم . وهكذا اسقط الفقهاء عنصر الإقليم في تصورهم لدولة الإسلام التي بنيت في نظرهم على شعب من المؤمنين وأمير للمؤمنين . وقد ساعد على تزكية هذه النظرية ما لقيه الإسلام في عصوره الأولى من انتشار وازدهار فكانت العزة للمسلمين وقد دكت قواهم القلاع والحصون ولم تقف أمام حجاجلهم مناعة المشركين .

إن هذه النظرة التي تركز على العنصر الاجتماعي تماثل فكرة معاصرة تعتبر أن الفرد هو وحده شخص القانون الدولي . ويعد ديجي عميد القائلين بهذه التكرة واقتطف من دراساته في هذا الخصوص قوله :

" Dans toute société humaine, grande ou petite, ou on voit un homme ou un groupe d'homme ayant une puissance de contrainte d'imposer aux autres, on doit dire qu'il ya une personne politique , un etat ,

(Duguit, Leon- Traité de Droit Constitutionel, Paris, 1927, pp. 1152,

5-7).

ولذا فإن هذا الفريق يرى أن القانون الدولي قانون يحكم علاقات بين جماعات .

بيد أنه كان لابد للفقهاء الإسلاميين من أن يعيد حساباته بعد أن خف وقع سنابك جيش الجهاد وجمدت فتوحات المسلمين قبل أن تتمكن الدعوة الإسلامية من أن تتم دورتها حول الشمس . وكان لابد من أن تنطلق النظرية الإسلامية على هدى من واقع الحال حيث ظلت رقاع من المعمورة خارج حوزة المسلمين وامتنعت أقاليم على قدرة الفاتحين . فبرزت فكرة تقسيم العالم إلى دارين : دار الإسلام ودار الحرب . ومع هذه النظرية بدأ عنصر الإقليم يشغل مكانا في تعريف الدولة الإسلامية إذ كانت دار الإسلام هي الإقليم الذي تعلو فيه ألوية الإسلام وكانت دار الحرب حيث تشيع أحكام غير إسلامية . والواقع أن هذه كانت ارهاصات بعنصر الإقليم وليست أخذا بفكرة الإقليم في مفهومها الدقيق لأن المساحة التي حددت بها دولة الإسلام تجعل وجودها المكاني نطاقا وليس اقليما بالمعنى الفني للاصطلاح من حيث أن النطاق هو المساحة التي لم تحدد على وجه الدقة أما الإقليم فله خاصيتان الثبات والتحديد . ولذا سميت دارا والدار هي البلد والقبيلة ، وما أقرب نظرية الألماني شميت Schmitt من المفهوم التقليدي لدار الإسلام ودار الحرب إذ تلخص نظريته في أن العالم ينقسم إلى وحدات ذات مساحات شاسعة لا تتحدد بتعرجاتها الجغرافية وإنما توحيدها فكرة سياسية . وقد قفل باب الاجتهاد في وقت تعاصر مع تفتت الدولة الإسلامية الكبرى فلم يتسع الاجتهاد لمناقشة الوضع الجديد الذي آلت إليه دار الإسلام ولذا ظلت فكرة دار الإسلام ودار الحرب هي النظرة التقليدية للمفهوم الإسلامي . ولو شاء الله للاجتهاد أن يظل بابه مفتوحا لقرأنا للفقهاء رأيا غير ذلك الرأي ولما تخلف عن مواكبة ما استجد على الجماعة الإسلامية من تطور أخذا بمبدأ المصالح المرسله من حيث أن الانفلاق عن تلك الحقيقة لا يخلف إلا حواجز تحول دون استمرار حيوية الدولة الإسلامية وموانع تعوق تقدمها . أما وقد زالت الغمة فإن علينا أن نعيد النظر فيما قيل حتى لا نتخلف عن الحل .

والدولة تعبر داخل الاصطلاح التقني الإسلامي في العرف السياسي لتمييز الحكم العباسي عن الحكم الأموي، لأن الدولة لفظة هي الاستيلاء بالثقل . ولذا شاع التعبير اليوم في لغة السياسة والقانون ويقابله في اللغة الانجليزية تسمية الدولة أحيانا بلفظة power والفرنسية puissance ففيها كذلك معنى الغلبة . بيد أن القرآن الكريم استخدم لفظة أخرى للدولة ، تلك هي « القرية » وهذا يصف الصورة التي كانت غالبية على الدولة في القديم إذا كانت المدينة تكون دولة ومن هنا كان يطلق عليها الدولة المدينة City- State . والقرآن في تسميته للدولة بالقرية يحرص على أن يقدم لنا الدولة في أصغر صورها حتى يمكن البناء عليها إذ مادام أن قرية واحدة يمكن أن تكون دولة فإن عدة قرى يمكن من باب أولى أن تكون دولة ، أما الأخذ بالبعكس فيوقعنا في حرج . فلو أن القرآن وصف الدولة في تصور اوسع لأثار ذلك مشكلة الوحدات الأقل اتساعا ، بيد أنها قرية ذات حد أدنى من التعداد السكاني على نحو ما بين في موضعه .

أعود إلى مكونات الدولة فأقول إنني أستطيع أن استخلص المقومات الثلاثة من مفهوم إشارة بعض الآيات الكريمة واختار منها قوله تعالى « الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها واجعل لنا من لدنك وليا واجعل لنا من لدنك نصيرا » (النساء / ٧٥) فالقرية هنا — وهي الدولة — ذات شعب هم أهلها الظالمون ولا بد أن يكون لها إقليم إذ كيف يتم الإخراج إلا من مكان محدد ومعين . أما السلطة فقد عبرت عنها الآية في الولاية والنصير حتى يمكن أن يحمى المظلومين من السلطة القائمة على تلك القرية .

والحق أن وجود الإنسان في جماعة امر تقتضيه طبيعة البشر وحقيقة الاجتماع لأن الإنسان اجتماعي بطبعه ، فليس من انسان يستطيع أن يعيش في عزلة لأن الناس خلقوا كي يعيشوا في جماعة . ولذا اقر مفكروا المسلمين — على سالفه فلاسفة الاغريق — أن الانسان لا بد أن يعيش في مجتمع . ولعل الفارابي في أهل المدينة الفاضلة — وبعده الكواكبي — هو خير ممثل اسلامي لذلك المفهوم الاجتماعي .

يبد أن اجتماع الناس لابد أن يتوصل بهم إلى جماعات تتدافع ووحدات تتنافس وذلك التجزؤ هو من اسباب العمران لأن انخراط الناس في جماعة واحدة لابد أن يفضى إلى كساد حياتهم وخمول نشاطهم « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض » (البقرة / ٢٥١) . وهكذا فكما أن المجتمع ضرورى لحياة الإنسان فإن انقسام المجتمع إلى جماعات ضرورى لحياة المجتمع . ومن هنا كان انقسام العالم إلى دول امرا تدفع اليه قواميس الخلق ومقتضيات السنن لأن الإنسان وإن كان حيوانا اجتماعيا إلا أنه ليس حيوانا حسن السلوك دائما . وتلك حقيقة أكد عليها المؤرخ الفيلسوف ابن خلدون في مقدمته فقال إن قيام المجتمع يستحث الحاجة إلى حماية الإنسان ضد اخيه الانسان ولا تغن في ذلك الاسلحة التى يحمى بها الإنسان نفسه ضد الحيوانات الكاسرة لان كل انسان يستطيع أن يملك مثل تلك الأسلحة . وتبعاً فلا بد من قيام سلطة مانعة تملك من القوة والقدرة ما تستطيع أن تحمى به الناس ضد عدوان بعضهم على البعض الآخر . وذلك هو فحوى الملك الذى يكمن في طبيعة الناس ولاغنى لهم عنه من أجل بقائهم .

وكانت دولة المدينة المنورة أول تصور اسلامى للدولة وقد تبدت ارهاصاتها في عهد العقبة فالذين بايعوا الرسول هناك لم يبايعوا على الولاء الدينى فحسب بل على أن يمينوا الرسول مما يمينوا منه انفسهم . ثم تأكد ذلك في عهد المدينة حيث جعل المؤمنين من المهاجرين والأنصار — أمة واحدة فكانوا بذلك عنصر شعب الدولة الناشئة إلى جانب اليهود كأقلية محمية وكانت يثرب اقليمها . ويقول التاريخ إن الرسول كلف كعب بن مالك بأن يحدد حدود اقليم المدينة (أنظر (Hamidullah, M.- Le prophète d'Islam, Paris, p. 208)

ولذا دخلت بعض القبائل التى تقطن خارج المدينة في حدود المدينة مثل جهينة ومزينة . فلما وقعت موقعة بدر تأكد أن التآلف بين سكان المدينة لا يبنى على روابط العقيدة فحسب بل دخله عنصر سياسى هو التزام أهل المدينة بالحرب تحت قيادة الرسول . ومن هنا بدأ مجتمع المدينة يؤكد ذاته بالقياس إلى

الانسان القليل الذي يترك الثقوب في اوتار الشوك بدلا من المصالحين مؤقتة المعادة والقتال من اقرب الناس اليهم كابائهم وابنائهم ، مددا فضلا على سلطات المحاكم الاعلى التي اذناها العهد على الرسول والتي اكدتها الآية الكريمة « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا قضيت ويسلموا تسليما » (النساء / ٦٥) . وهكذا استكملت دولة المدينة عناصرها الثلاثية الشعب والاقليم والسلطة . ولكن هذا التصور الثلاثي تاه في زحمة حروب الردة والفتوحات الإسلامية الأولى .

وأغلب الظن أن دولة المدينة بدأت في اتحاد ايلاف (كوتفدرالى) ثم أصبحت بعد نصر بدر دولة اتحاد موالاة (فدرالى) لأن كلا من المهاجرين والأنصار ظلت عليهم مسئوليات منفصلة مثل الالتزام بالدية . وقد اعترفت مكة بهذه الدولة رسميا في عهد الحديبية (سنة ٦٢٩ م) الذى أرم بين وحدتين تتعاملان على قدم المساواة . وجدير بالذكر أن الرسول وقع هذا العهد بصفته السياسية لأن العهد لم يصفه بأنه رسول الله ولم يتضمن مايفيد اقرار مكة بالإسلام كعقيدة . وبدأت الدولة الإسلامية — بعد فتح مكة وانتصار المسلمين في حنين — تنشر لواءها في ربوع شبه الجزيرة وبدأت القبائل تفد من كل حذب وصوب لتقدم الولاء للرسول حتى أن آخر عام في حياة الرسول ﷺ عرف بعام الوفود لكثرتهم . فلما ولى ابو بكر وصرف حياته في حروب الردة كان يصدر عن فكرة الدولة الموحدة لانه أصر على محاربة القبائل حتى التي لم ترجع عن الدين ولكنها رفضت أن تدفع الزكاة له . واستقرت الدولة الإسلامية بمفهوم متكامل للدولة مع ولاية عمر بن الخطاب .

يواحب قبل أن انتقل إلى مناقشة تلك العناصر أن أوجه النظر إلى ثلاثة اعتبارات :

١ - ليس في القرآن الكريم نص صريح في وصف الدولة . صحيح أن هناك آيات يمكن أن تروحي إلينا بمفهوم اشاراتها ببعض الأفكار ولكن هذا هو من قبيل الاجتهاد الذى قد يختلف فيه المجتهدون .

٢ — كان الرسول ﷺ على رأس الدولة الإسلامية في أول نشأتها وكان الرسول صاحب السيفين الزمني والديني بأمر إلهي صريح ، وتلك حقيقة فريدة لا يعرف التاريخ لها مثيلاً — ولذا لم يستطع المفكرون الأوائل أن يتفهموا بوضوح أن للدولة سمات سياسية كما أن لها سمات دينية . وقد عمت تلك الحقبة عليهم فكان لها معقباتها على تصورهم لمدرك الدولة ، ولعل ذلك كان من وراء اهتمامهم بعنصر الشعب حيث أن الرسول بعث هادياً للعالمين .

٣ — كانت القبيلة هي الوحدة السياسية التي عرفت العرب قبل الإسلام وقد ظل المدرك القبلي ذا تأثير على الفكر الإسلامي حتى بعد مجيء الإسلام . ورب أن كل ما طرأ على المدرك هو في تعريف مدلوله وليس في تغيير أصوله . وكان العباسيون أول من استعمل تعبير « دولة » وهو يعنى عندهم « العهد الجديد » وكانوا يريدون بذلك إبراز تميزهم عن العهد الأموي ثم انتشر التعبير في لغة القانون وغلب . وأغلب الظن أن هذا التأثير هو الذي دعاهم إلى الاستغناء بتعبير « الأمة » عند الكلام عن الدولة وهم في ذلك غير بعيدين عن لحقهم بعدة قرون من الغربيين الذين جعلوا — زمن ازدهار فكرة الدولة القومية — من لفظي « الدولة State » و « الأمة Nation » صنوانين يحل أحدهما محل الآخر . بل انهم سبقوا من صاغوا ميثاق الأمم المتحدة الذي يفتح ديباجته باسم الأمم ويطلق المسمى على الهيئة بذاتها فلم يسمها هيئة الدول التي هي فعلاً حقيقتها — وإنما اسمها بهيئة الأمم .

والآن أرى أن أناقش تلك العناصر الثلاثة لتبين مدى قابلية النظرية الإسلامية لفكرة الدولة القائمة على هذه العناصر الثلاثة .

العنصر المادى : الإقليم :

قلت إن النظرية الإسلامية لم تهتم في باكورة تطورها بالإقليم كعنصر من

عناصر الدولة لأن الدولة الإسلامية في نظر الأوائل لا يحدّها إلا أطراف البسيطة فحيثما امطرت سحابة فإن خراجها يجب أن يكون للمسلمين . وما أشبه ذلك بنظرية المجال الحيوي التي ابتدعتها الألمان لتبرير توسعهم بيد أن المجال الإسلامي لنشر العقيدة السمحاء والمجال الألماني لحكم الطاغوت ولذلك لم يفهم المسلمون الأوائل هجرتهم من مكة إلى الحبشة ثم إلى المدينة على أنها تغيير في المكان وإنما فهموها على أنها تغيير في الرابطة القبلية والاجتماعية . ولعل مازكى هذا المفهوم في نفوسهم روح البداوة الكامنة في نفوسهم والتي تتسم بالارتحال ولا تعرف معنى الاستقرار في إقليم بعينه . ويقتضى الانصاف أن أذكر أن أهمية الإقليم للدولة لم تظهر في الفقه الفري إلا في فترة متأخرة لأن الإقليم لم يكن عندهم هم الآخرون محددًا بل كانت الدولة أشبه ماتكون بعنصر اجتماعي تنظمه سلطة سياسية أي أنه كانت هناك تنظيمات سياسية دون ركيزة اقليمية ثابتة ثم تطورت الأمور إلى أن وصلت إلى ما هي عليه اليوم .

وقد اغلق باب الاجتهاد مع بدايات تفتت الدولة الإسلامية فلم يعاصر ذلك التفتت من الفقهاء التقليديين الائمة من كان يمكن أن نعتمد على اجتهاده ولذلك ظل الرأي الأول على علته .

ومع ذلك فإننا لانستطيع أن نزعم أن المسلمين الأوائل قد جهلوا فكرة الأقليم كلية ، وقد ألمحت إلى الآية الكريمة التي يستفاد من عباراتها أن القرية — أي الدولة — لها اقليم . هذا فضلاً على أن الرسول ﷺ قد حدد حدوداً ليثرب (دولة المدينة) . وليس الأمر هذا فحسب بل إن عمر بن الخطاب عندما قرر ألا يبقى في الحجاز دينين إنما كان يتكلم عن اقليم محدد — هو الحجاز — وكان يريد أن ينقّي هذا الاقليم من الأديان الأخرى غير الإسلام (ولو أن لي تحفظاً على تفاصيل الواقعة) . وقد عرف الفقه الإسلامي مصطلحات ذات مدلول اقليمي مثل ثغور العدو — وهي الأراضي التي تعود للعدو ، وثغور الإسلام وهي المواقع الإسلامية المجاورة لأراضي الدول الأجنبية أو القرية من أراضي العدو ، وقد تكون ثغوراً برية وقد تكون ثغوراً بحرية ، كما عرف الضواحي

وهي المناطق التي يتركها الفريقان المتحاربان خالية من الجند والتجهيزات العسكرية . ولا يقف الأمر عند هذا الحد فحسب بل إن التنزيل الكريم يقول « يأياها الذين آمنوا إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا » (التوبة / ٢٨) . فهو يتكلم عن تصور اقليمي لأن الحرم الذي منع المشركون من قرابة هو عبارة عن مساحة من الأرض لها حدودها التي يجب ألا يقربها المشركون وفي داخل هذا الرقعة من الأرض تنطبق أحكام خاصة من القانون لا تنطبق خارجها . فالحرم إذن أقل ما يوصف به أنه اقليم ادارى Administrative Region من اقليم الدولة الإسلامية . والإقليم الادارى إذا أضفيت عليه الحاكمية ينقلب إلى دويلة (في الدول الاتحادية) أو دولة مستقلة . وهكذا فإن الإقليم الذي عرفته النظرة الإسلامية التقليدية ، إنما كان لخدمة أغراض معينة ولم يكن بوجهه عنصراً من عناصر الدولة .

وإذن فالأمر — كما قدمت — هو أن الإقليم ليس بالفكرة الغريبة عن المفهوم الإسلامى ولا بالمدرک الذى يتنافر مع مدرک الدولة الإسلامية . وإن صح أن نعتبر الإقليم عنصراً من عناصر الدولة الإسلامية فما هى طبيعة العلاقة القانونية بين الإقليم والدولة ؟ لقد تعددت النظريات الغريبة فى الاجابة على هذا السؤال ويمكن أن اقرر بأن اكثرها قبولا اليوم أربعة :

- (١) . الإقليم محل حق عينى للدولة .
- (٢) الخاصية أى أن الإقليم عنصر من طبيعة الدولة ذاتها وجزء لا يتجزء منها .
- (٣) الحد أى أن الإقليم هو الإطار الذى تمارس الدولة سلطاتها فى داخله .
- (٤) الاختصاص أى أن الإقليم هو الرقعة التى يطبق عليها النظام القانونى للدولة .

والقول عندى أن نظرية الاختصاص هى أكثر النظريات قربا من المفهوم الإسلامى فهى تتواءم مع فلسفة النظرية الإسلامية التى تنظر إلى مزايل الدولة على أنها اختصاصات مضافة على الحاكم بضمان أداء وظائف معينة سبق أن

المحت إليها عند الكلام عن وظائف الدولة الإسلامية . كما أن مرونة فكرة الاختصاص تجعلها صالحة لأن تكيف باستمرار المراكز الإقليمية المختلفة . وأرى أن نتبنى نظرية الاختصاص بمفهوم فردروس الذى قال إن للدولة اختصاصين : اختصاص محلى واختصاص عيى وإنها تستطيع بما لها من اختصاص عيى أن تتصرف فى الإقليم والدولة لآتمارس اختصاصها فحسب بل هى كذلك مجبرة على ممارسته مادام أن امتناعها يمكن أن يؤثر على الدولة الغير ، أى أن اختصاص الدولة يتميز بخاصتى العمومية والالتزام .

بقى فى مناقشة فكرة الإقليم أن اتكلم عن كيفية كسب الإقليم . تتعدد فى النظرية الغربية أسباب كسب الإقليم وعلى الرغم من أن بعضها قد عفى عليه الزمن ألا إننا لازالنا نطالع أحكامه فيما يخطه الفقهاء الغربيون . وتتجمع تلك الأسباب فيما يلى :

١ — الاستيلاء ، وهو عبارة عن وضع اليد على إقليم لاسيد له . والاستيلاء سبب من اسباب كسب الإقليم فى النظرية الإسلامية . ويقول المؤرخون إن بعض العرب — على حياة الرسول — وصلوا إلى جزيرة نائية بسبب سوء الجو وجاءوا ليقصوا للرسول عجبا من أمرها . وقد كسب المسلمون البحار الجنوبية وآلاف الجزر فى المحيط عن طريق الاستيلاء . وفى قول الماوردى يندرج تحت هذا السبب الأرض التى يجلو عنها أصحابها خوفا — فى حرب بينهم وبين المسلمين — فتصير بالاستيلاء عليها وقفا ، وقيل بل لاتعتبر وقفا حتى يقفها الإمام لفظا ويضرب عليها خراجا .

٢ — الحقوق التاريخية ، ويستعمل هذا التعبير للتدليل على حقوق تكتسب مخالفة لاحكام القانون الدولى عن طريق ممارسة تاريخية تؤكد بها دولة ما اختصاصا هو فى الأصل غير مشروع . ولأحسب أن لذلك السبب مكانا فى النظرية الإسلامية اللهم إلا إذا قصدنا به التقادم من حيث أنه ظاهرة تعترف بأثر الزمن على الحقوق والتصرفات القانونية . بيد أن البعض يفرق بين التقادم والحق التاريخى من حيث أن التقادم يمكن أن نعرف بدايته أما الحق التاريخى

فقد يذره أصله في خضم التاريخ . واستند إلى رأي عن « رسول الله ﷺ » على البد مأخذت حتى تؤد به » وتوله أيضا « لا يأخذ أحدكم سلاح أخيه لأعبا أو جادا ومن أخذ عصا أخيه فايردها » . إذ القاعدة الإسلامية أنه لا شيء للغاصب وليس لعرق ظالم حق . وفي رواية أبي داود والدارقطني من حديث عروة بن الزبير قال « ولقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلين اختصما إلى الرسول ﷺ غرس أحدهما نخلا في أرض الأخير فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج منها .

٣ — الاضافة ، وهو الاجراء الذي يماثل بين مكونات أرضية جديدة وبين مكونات قديمة ، وفي قول آخر هي الزيادة التدريجية التي تطرأ على الأرض أو على الشواطئ . وذلك سبب تقبله النظرية الإسلامية طبقا لاحكام اضافة الملحقات للمالك فإذا انكشف النهر عن الأرض وانتقل عنها فانها تكون مأكا للمسلمين — أى ملكا للدولة — كما كان البحر ولا يملكه من يليه من الشط ولا من دخل النهر في ملكه ، وللوالى التصرف فيه حسب المصلحة كما يرى في أملاك الدولة . ولو أن هناك رأيا لعبسى بن دينار هو أنها تكون ملكا لمن يليه . والجزر — صغيرة أو كبيرة — والأرض التي حدثت عن طمى الأنهار التي تسير فيها السفن تكون مملوكة للدولة مالم يكن طرأ عليها تملك من الغير بوجه صحيح . وإذا كان النهر قد أنشئ على نفقة الأشغال العامة للدولة فهو ملك لها وإن كان مجرى كبيرا كذلك (راجع سيد عبد الله حسين — المقارنات التشريعية — القاهرة ١٩٤٧ ، ج ٢ ، ص ٤٠ ، ٤٦) .

٤ — الضم ، وهى طريقة لكسب السيادة على الإقليم في حالتين : (١) إذا احتل الإقليم أو اخضع بواسطة الدولة الضامة . (٢) إذا كان الإقليم المضموم في حالة خضوع واقعى للدولة وقت أن تعلن الدولة الضامة هذا الضم . ويتدخل هذا السبب في أحكام النظرية الإسلامية المتعلقة بملكية الأراضى في البلاد المفتوحة . والذي يجوز ضمه — على خلاف بين الفقهاء — هى الأراضى التي فتحها المسلمون عنوة « فالبعض يرى أنها بالفتح قد اصبحت

غنيمة فتكون ملكا لبيت المال ، بينما يرى آخرون أنها تظل مملوكة لأصحابها الأصليين من أهل البلاد المفتوحة على ما كانت عليه قبل الفتح مع فرض الخراج عليها ، (راجع محمد عبد الجواد محمد - ملكية الأراضي في الإسلام ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ٧٩) . وكان على بن ابي طالب ممن يرون أن تجعل الأرض فينا موقوفا على المسلمين ماتناسلوا .

٥ - التنازل ، اى نقل الإقليم من سيادة إلى أخرى بطريقة سلمية ، وصورة هذا في النظرية الإسلامية هي أراضي البلاد التي عقد بينها وبين المسلمين صلح إذ أن عقد الصلح هو الذي يحدد ملكية الأراضي . وقد كان الصلح يتم بين المسلمين وأهل هذه البلاد على صورتين فيما يختص بملكية الأراضي : الصورة الأولى : التنازل عن ملكية رقبة الأرض للمسلمين ، والانتفاع بها في مقابل دفع الخراج عنها - والصورة الثانية الصلح على أن تبقى ملكية الأرض لأصحابها ، (محمد عبد الجواد - المرجع السابق ، ص ٧٨ ، ٧٩) .

٣ - العنصر القانوني (السلطة) : سيادة أم حاكمية ؟

وتعرف النظرية الإسلامية في - وصف السلطة - تعبيرين هما : الملك ، السيادة - والحق أن العرب في جاهليتهم كانت طيبتهم البدوية وتنظيم القبائل يتأني على الاقرار بالملك لنفورهم ، من تقبل التسلط عليهم ولذا كانوا يطلقون لقب الملك على الحكام الأجانب ولم يفز بهذا اللقب في تاريخ العرب الجاهلي سوى ملوك كنده (في وسط الجزيرة) . ومن هنا فرق ابن خلدون بين رئاسة القبيلة والملك بقوله إن العرب لا يحصل لهم الملك إلا بصيغة دينية من نبوة أو ولاية أو اثر عظيم من الدين على الجملة والسبب في ذلك أنهم اصعب الأمم انقيادا . لبعضهم البعض . للغلظة وبعد الهمة والمنافسة في الرئاسة فقلما تجتمع إهواؤهم : فإذا كان الدين بالنبوة أو الولاية كان الوازع لهم من انفسهم وذهب خلق الكبر والمنافسة فسهل انقيادهم واجتماعهم » .

وقد احتار الفقه في تدريف السيادة وشطت به الآراء ولعل مرجع تلك الحيرة وذلك الشطط هو عدم وضوح الرؤية أمام الفقهاء ، ذلك أن جمهور الفقهاء يخلط في دراسة مدرك السيادة بين المفهوم السياسي والمفهوم القانوني على نحو ينتهي برأى لا هو إلى هذا ولا هو إلى ذاك . ولذا فإن نقطة البداية عندي هي أن أفرق بين المفهومين وأضع تعريفا لكل منهما على حده .

إن السيادة بمعناها السياسي تستمد علاماتها من المفهوم الإقطاعي حيث كان السيد يملك الأرض ومن عليها . ولذا فإن السيادة — في الدراسة السياسية — هي السلطة العليا للدولة في الداخل واستقلالها عن غيرها في الخارج .

أما السيادة في مفهومها القانوني فهي كلية من الاختصاصات — أو الحقوق — تحول الدولة — في حدود القانون — أهلية ممارسة كافة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية دون تدخل أجنبي . ومن ثم فإن السيادة سياسيا عبارة عن اطلاقية أما قانونيا فهي عدل للاهلية ، ولذا فإن السيادة تعز سياسيا عن أن تقيّد ولكنها تستجيب قانونيا للقيود الرضائية والعرفية .

فما هو قول النظرية الإسلامية في ذلك ؟ إن التعرف على جواب هذا السؤال يتطلب أولا التعرف على معنى السيادة . ويطلق السيد لغة على الرب والمالك والشريف الفاضل والكريم والحليم . وقد استخدم القرآن الكريم السيادة في بعض هذه المعاني . من ذلك قوله تعالى « وألفيا سيدها لدى الباب » (يوسف / ٢٥) ، أي ربها وصاحب الحق عليها . وقوله عز وجل عن يحيى بن زكريا « سيدا وحصورا » (آل عمران / ٢٩) ، وصفا لشرفه وفضله . وقد روى في الأثر أن الرسول ﷺ قال للأوس — عندما دخل عليهم سعد بن معاذ للتحكيم في بني قريظة — قوموا لسيدكم ، يعني شريفكم مثل السؤدد فشهد ببراء اللغة العربية في مثل هذه المصطلحات . ومن ثم فإن المعنى اللغوي للسيادة يسمح بأن يستخدم المصطلح في مفهوميه — السياسي والقانوني .

فإذا أخذت الجانب السياسى نجد أن السيادة — بمعنى العلوية المطلقة —
هى لله تعالى وحده «وهو القاهر فوق عباده» (الانعام/ ١٨) «وما كان لمؤمن
ولاً مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن تكون لهم الخيرة من أمرهم»
(الاحزاب / ٣٦) . «ولا يخاف عقباها» (الشمس / ١٥) ، «لا يسأل
عما يفعل وهم يسألون» (الأنبياء / ٢٣) ، «سبحانه هو الله الواحد
القهار» (الزمر / ٤) .

وفى ذلك يقول ﷺ لاطاعة لمخلوق فى معصية المخلوق . ومن ثم فإن النظرية
الإسلامية تجعل السيادة السياسية لله بلا شريك . وهذا يقابل الأمير أو الحاكم أو
الاقطاعى أو السيد فى النظرية الغربية التقليدية ، والدولة أو الأمة فى بعض
الآراء الحديثة .

وصفة هذه السيادة فى علاقة السيد الأعلى بالأشخاص هى الملك والتفرد
المطلق «هو الملك الحق» (طه / ١١٤) «هو الله الذى لا إله إلا هو الملك
القدوس» (الحشر / ٢٣) . «ولم يكن له شريك فى الملك» (الفرقان /
٢) — بيد أن هذا التفرد فى الملك يتعلق بالملك فى الدارين : الدنيا والآخرة .
وقد شاءت ارادة العلى الكريم أن يضيف بعض هذا الملك — ولكن فى جانبه
الزمنى — على نفر من عباده . فهذا داود يخاطبه ربه بقوله «ياداود إنا جعلناك
خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق» (ص / ٢٦) ، وهذا فرعون
يوسف يطلق عليه الكتاب الكريم لقب الملك «قال الملك اتئوتى به استخلصه
لنفسى» (يوسف / ٥٤) ، والملك الزمنى ملك اقليمى أى ينصب على إقليم
معين ولذا ينقل القرآن الكريم عن فرعون موسى قوله «أليس ملك مصر وهذه
الأنهار تجري من تحتى» (الزخرف / ٥) كما يحكى عن سليمان أنه سأل ربه
أن يهب له ملكا لا ينبغي لأحد من بعده . وخصيصة الملك الزمنى هى الحكم
ولذا فإن سلطة صاحب الملك تسمى «حاكمة» ، والحاكمة بهذا المعنى
تقابل السيادة الداخلية فى المفهوم المعاصر . ولذا يقول فقهاء المسلمين إن سلطان
الإمام من سلطان جماعة المسلمين (المبسوط للسرخسى ، ١٠ ، ص ٩٣) ،

ومن ثم فإن السيادة السياسية في النظرية الإسلامية إنما ينفرد بها المولى عز وجل وخصيصة الملك في الدارين : الدنيا والآخرة ، بيد أن الملك الأخرى خالصة لله تعالى ، أما ملك الدنيا فقد أشرك فيه بعض عباده . والعباد الملوك يمارسون ملكهم هذا بسلطة الحاكمية . أما إذا ناقشت السيادة من جانبها القانوني — بمعنى الأهلية — فإن السيادة تكون خصيصة من خصائص الدولة وصفة جوهرية من صفاتها من حيث أن الدولة شخص من أشخاص القانون والشخصية القانونية في النظرية الإسلامية — سواء كانت داخلية أم دولية — هي دليل الأهلية . بيد أن مقومات هذه الأهلية وحدود ممارستها إنما يرجع فيها إلى أحكام القرآن وصحيح الحديث . ولعل أهم قيد عام على تلك الأهلية هو التشريع ، ذلك أن النظرية الإسلامية تقر بأن السلطة — فيما عدا التشريع — قد فوضت للأمم ، فالدولة ورئيسها كلاهما أداة لتنفيذ القانون الإلهي فإن فشلت الدولة في ذلك خانت أمانتها وحادت عن الطريق القويم ، وإذا انتهك الحاكم القانون سقط عن الناس — عند بعض الفقهاء — قيد البيعة له .

وإذن فالسيادة السياسية في النظرية الإسلامية هي لله تعالى ومظهرها الدنيوي ملك زمني يشترك فيه التشريع الخالق عن طريق حاكمية عادلة .

أما السيادة القانونية فأهلية تتوفر للدولة وتمارس طبقاً لما رسمته الحنفية السمحاء من حدود وعلامات . وعلى هذا استطيع أن أقول إن الركن القانوني للدولة في قانون السلام الإسلامي هي السيادة القانونية أي الشخصية القانونية ، ولعل الخلاف الجوهرى بين الشخصية القانونية للدولة في النظرية الإسلامية والشخصية القانونية للدولة في النظرية المعاصرة هو أن اختصاص الدولة بالتشريع في النظرية الإسلامية إنما يمارس عن طريق الاجتهاد السلطاني وليس عن طريق ابتداع القواعد القانونية في حين أن اختصاص الدولة بالتشريع في النظرية المعاصرة يكاد يكون مطلقاً فهي تستطيع أن تبرم ماتشاء من معاهدات وأن ترمى ما يحلو لها من قواعد . ذلك أن فكرة النظام العام في النظرية الإسلامية ذات سمة إلهية أما فكرة النظام العام في القانون المعاصر فهي

ذات سمة اتفاقية . وهذا يتسق مع ما قدمت من أن جوهر القاعدة القانونية الإسلامية في المبادئ العامة هو أصلاً قانون طبيعي خاص أما جوهر القاعدة القانونية المعاصرة فهو مزيج غير متميز من القانون الطبيعي (بمفاهيمه المختلفة) والقانون الوضعي بتصوراته المتعددة .

وبناء على أن مدرك السيادة القانونية عديل للأهلية فإن أغلب الظن أن النظرية الإسلامية لاتقر للدولة ولا لرئيسها بحصانة عن تصرفاتها في دولة أخرى . وأستطيع أن أسوق هنا سابقة جيلة حاكم غسان إذ آلم بدويا فطلب إليه عمرو أن يسترضيه ولم يقر له بحكم منصبه — بتميز على غيره في الخضوع للقانون . ولعل مرجع ذلك هو أن النظرية الإسلامية لاتقر لعلمائها المسلمين بعلوية فوق القانون فهم يخضعون للقانون كما يخضع غيرهم والقاعدة الأصولية تقرر أن الإمام لا يكون قاضى نفسه . ولكن سابقة جيلة خاصة بمركز الحاكم المسلم في إقليم دولة إسلامية أخرى لأن جيلة فعل مافعل وهو مسلم . أما مركز الحاكم غير المسلم في إقليم دولة إسلامية فالحكم فيه — في رأيي — هو المعاملة بالمثل أو ما تنص عليه المعاهدات المبرمة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية ، ولى في عهد الجديبية سابقة استند عليها إذ نص على أن من يقدم من المشركين إلى المدينة يعاد إلى مكة ومن يذهب من المسلمين إلى المدينة لايجوز طلب تسليمه . فإذا كانت النظرية الإسلامية تحتل مثل هذا الحكم فإنها تتقبل من باب أول فكرة المعاملة بالمثل أو أن يجرى الاتفاق على النحو الذى تقتضيه مصلحة الدولة الإسلامية .

ولأحسب أن هناك صعوبة في أن نلاحظ أن الخط الفاصل بين السياسة والقانون في مدلول السيادة خط رفيع يكاد لايبين لأن السيد الأعلى هو المولى عز وجل والمشرع الأوحد هو الله سبحانه وتعالى ففي الذات الإلهية تختلط الاعتبارات السياسية والاعتبارات القانونية في الدراسات النظرية ، فلا غرو أن تكون الدولة كوحدة سياسية والدولة كوحدة قانونية وجهين لعملة واحدة ومنظورين لفكرة سائدة .

وقد اختلف الفقهاء المسلمون المحدثون حول مدرك « السيادة » فمنهم من أنكره أصلاً ومنهم من أقره وهم في خلافهم يصدر عن المفهوم السياسي أى يعالجون السيادة بمعنى السلطة العليا التى لسلطان فوقها . ثم إن ما قالوه فى هذا الخصوص أدخل فى الدراسات الدستورية للسيادة ، ويناقش عادة ضمن موضوعات ما يسميه الفقه الإسلامى « السياسة الشرعية » . ولذا فأنى أعرض له بايجاز كتمهيد لمناقشة مدرك « السيادة » فى إطاره الدولى .

يقول الذى ينكر مدرك « السيادة » « إن مسألة البحث فىمن هو صاحب السيادة (أو مصدر السلطات على حد تعبيرهم) فى الدولة الإسلامية تعد مسألة لم يكن يصح وضعها أى لم يكن ثمة ما يبرر إثارتها أو التعرض لها فلم يكن جائزاً فيما يعتقد البحث فىمن هو صاحب السيادة فى الدولة الإسلامية هل هو الله أو الأمة وهل يستمد الخليفة (أو السلطان) سلطته من الله أو الأمة ؟ ولقد أعرض علماء المسلمين القدامى بحق عن هذا البحث وكذلك كان شأن بعض كبار العلماء فى العصر الحديث (كالأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده) . والواقع أن مسألة البحث فىمن هو صاحب السيادة — والقول هنا لازال للمنكرين — موضوع نظرية من النظريات لها مغزى معين وخصائص معينة تنسب إليها ونتائج مغنية مترتبة عليها وهى نظرية فرنسية قديمة الأصل وهى لم تكن عرفت بعد فى عصر كبار أهل رأى ولا فيما تلاه من عصور علماء المسلمين المجتهدين القدامى » (عبد الحميد متولى — مبادئ نظام الحكم فى الإسلام ، الاسكندرية سنة ١٩٧٨ ، ص ١٧٠ — ١٧١) . ويضيف الفقيه صاحب رأى بأنه لا حاجة لنظرية السيادة وبخاصة سيادة الأمة فى العصر الحديث وأن هناك مساوئ ترتبت على إثارة بعض علماء المسلمين لمشكلة السيادة « وإن اتارتها من قبل علماء المسلمين أدت بهم إلى ابداء آراء وإلى أن ينسبوا إلى بعض الخلفاء أو الفقهاء الآخرين آراء أو اتجاهات تسيء إلى الإسلام من حيث لا يعلمون ومن حيث لا يريدون بل ويؤكد أن مناقشة مدرك « السيادة » يزود خصوم الإسلام بسلاح لمهاجمته وأن رأى عنده « أنه إذا أريد إثارة هذه المشكلة فليكن لها المغزى السلبي الذى عرفت به نظرية السيادة

بوجه عام (ونظرية سيادة الأمة بوجه خاص) لدى نشأتها في بداية العهد بها كما قدمنا فنقول إن الدولة الإسلامية في الإسلام لاسيادة فيها على الأمة لفرد أو لطائفة أو طبقة ، ومثل هذا التعميم السلبي عن مبدأ سيادة الأمة يحقق لنا المزايا التي تنسب إليه ويجنبنا ماسبق بيانه عن المساوىء التي تؤخذ عليه « (عبد الحميد متولى — المرجع السابق ، ص ١٧٥ ، ١٩٣) .

ويبدو أن منطلق الفقيه في مناقشة مدرك « السيادة » هو مناقشة مدى تقبل النظرية الإسلامية للمفاهيم الغربية في السيادة وأن أكثر ماأزعجه من بين تلك المفاهيم هو مدرك « سيادة الأمة » . ولكن بحثي في السيادة — كما هو على مدى البحوث هذا السفر — لا يقتصر على طرح الأفكار الغربية على المحك الإسلامي فحسب وإنما السعي أيضا إلى تفهم الحكم الإسلامي المقابل وهل ينفي الفكرة أساسا دون أن يقدم لها بديلا أم أن هناك بديل إسلامي يمكن أن يناقش تحت المصطلح ذاته . ومن ثم فإن مدرك السيادة إنما يسعى إلى تفسير أصل السلطة وهو موضوع يمكن أن يجد له مكانا في الدراسات الإسلامية بل وتعرض له الفقهاء القدامى وإن كانوا قد استخدموا تعبيرات أخرى غير هذا التعبير . ومن أشهر من تعرض لهذا الموضوع ابن خلدون ولذا فإن الكثيرين يشبهونه بمعاصره ماكيافيلي في التساؤل عن مصدر السلطات ووظيفتها ، ومن ثم فإن كون المصطلح من ابتداء الفقه الفرنسي لا يمنع — في الدراسات الدولية — من أن يكون الموضوع من حيث أصله وفلسفته — محل نقاش الفقهاء المسلمين . لأن تحديد أصل السلطة هو من الأمور الجوهرية في دراسة النظرية الإسلامية . وانتهاء الفقيه إلى نبذ فكرة سيادة الأمة لايعنى أن نطرح هنا فكرة تحديد أصل السلطة في النظرية الإسلامية سواء جرى ذلك تحت مسمى « السيادة » أم غيره من المسميات .

قد يكون مصطلح السيادة الذي اختاره الفقهاء العرب مقابلا للفظـة الفرنسية Souveregnté هو ترجمة لمصطلح فرنسي وتبعاً فإن نظرية السيادة نظرية فرنسية في معناها ولكنها ليست فرنسية في مبناها ، فقد عرفت الجماعات

والدول فكرة السيادة بمسمى أو آخر على مر الأجيال والعصور . وفي القرآن الكريم دلائل ذلك .

فآية تقول « وإذا أردنا أن نهلك قرية أمرنا مترفيها ففسقوا فيها » (الاسراء / ١٦) . ومن ثم فإن الفسق هنا هو فسق الأمراء والأمير في عصر نزول القرآن — العصر الوسيط — كان يعتبر أنه مالك للدولة بما له من سيادة عليها . وهذه قصة فرعون تدل على أن فكرة السيادة المطلقة كانت معروفة لدى المصريين القدماء . فهو يقول « أليس لي ملك مصر » والملك هنا هو السيادة . ويشرح القرآن الكريم مفهوم ذلك الملك — أو تلك السيادة — بأنه العلو « إن فرعون علا في الأرض وجعل أهلها شيعا » (القصص / ٤) . بل هو تأله فوق الجميع « وقال فرعون يأبى الملاء ما علمت لكم من إله غيري » (القصص / ٣٨) ، وسلطة مطلقة « قال فرعون ما أريكم إلا ما أرى » (غافر / ٢٩) ، والفرعون هو مصدر السلطات كلها « وقالوا بعزة فرعون إنا لنحن الغالبون » (الشعراء / ٤٤) . إن كل هذه التفاصيل هي ما يقال عند شرح مدرك السيادة المطلقة التي لاتعلوها سلطة . وليس عدم استخدام مصطلح السيادة بمبرر للقول بأن النظرية كانت بدعا فرنسيا . ومع كل فإن العرب قد عرفوا هذه النظرية بمسميات مقاربة مثل السؤدد ، فلو أن من ترجم التعبير الفرنسي في البداية كان قد عربه فاستخدم اللفظ العربي الذي استخدمته العرب منذ عهد الجاهلية لما كان هناك مجال لقصر نظرية السيادة على الفكر الفرنسي وحده .

أما الذين يقرون مدرك « السيادة » فقد تبانت آراؤهم في تفسير مصدر السيادة :

١ — فهناك فريق يرى أن الأمة هي مصدر السيادة ، وسنده في ذلك أن الأمة هي صاحبة الحق في توجيه الحاكم ونضجه ومساءلته ومن ثم فهي الأصل ورئيس الدولة نائبها والمنطق يقضي بأن يكون مصدر السيادة هو الأصل وليس الوكيل (عبد الوهاب خلاف — السياسة

الشرعية ، ص ٢٨) . ولهذا الرأي أصالته غير أنه يقصر بمفاهيمه دون حل بعض المشكلات العملية وأهمها تكييف طبيعة السلطة العامة في الدولة .

٢ — وهناك فريق آخر يرى أن الله وحده هو مصدر السيادة لأنه هو الحاكم الحقيقي فليس في الدولة الإسلامية سلطة إلا سلطة الله عز وجل باعتبار أن سلطة الأمر والحكم والتشريع كلها مختصة به وحده . وقد انحاز مؤتمر العلماء الإسلامى الذى عقد فى كراتشى سنة ١٩٧٠ إلى هذا رأى إذ تنص المادة الأولى من المشروع الذى اقترحه عن المبادئ الأساسية للدولة الإسلامية على مايلى : « أن الحاكم الحقيقي — من حيث التشريع والتكوين — هو الله رب العالمين » (فؤاد محمد النادى — مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون فى الفقه الإسلامى — القاهرة ١٩٧٣ / ١٩٧٤ م ، ١٣٩٣ / ١٣٩٤ هـ ، ص ٤٠ — ٤١) .

٣ — وهناك فريق ثالث لا يستبعد السيادة الشعبية كلية وإنما يجمع بينها وبين السيادة الإلهية وينى هذا الفريق نظريته على أساس التفرقة بين النص القطعى والنص الغامض أو الفاقد فإذا كان النص قطعياً كانت السيادة لله أما فى حالة النص الغامض أو عند عدم وجود نص يحكم القضية فإن السيادة تكون شعبية ، وفى قول آخر فإن اصحاب هذا الاتجاه يقرون لأفراد الأمة بسيادة شعبية محدودة ولذا فإنهم يعتبرون أن كل فرد من الأمة بمثابة خليفة عن الله فى ذاته . وينتصر الفقيه الباكستانى المعروف أبوالأعلى المودودى لهذا رأى . وللرأى وجاهته لولا أنه أفرط فأضفى بعضاً من السيادة على كل فرد من أفراد الأمة . وتفتيت السيادة على هذا النحو لا يؤمن معه الإبقاء على وحدة الدولة والبعد بها عن الفوضى .

٤ — وتذهب مدرسة رابعة إلى أن إرادة الله العليا هى وحدها مصدر السيادة لا يشاركها أحد لأن السيادة لا تنجزاً ويرفض إشراك أفراد الأمة فرادى مع الله فى بعض مظاهر السيادة لأن السيادة لا تكون إلا فى حق

الغائب ، أما في حق الحاضر وهو الله فأمر لا يسلم به الفقهاء . ومن ثم فإن ممارسة السلطة فحسب هي التي يقوم عليها المحكومون ، بيد أن هذا ليس حقاً لفرد معين أو لطائفة معينة وليس هذا سيادة بل هو ممارسة لواجب كفاً يقع على الأمة بأسرها لأن النظرية الإسلامية تفرض وجوب قيام سلطة عامة لصالح المسلمين وعندئذ يمكن أن نقول إن الإمام وكيل عن الأمة في ممارسة هذه السلطات (فؤاد محمد النادى — المرجع السابق ، ص ٥٢ — ٥٧) .

وقد تناول استاذنا الدكتور حامد سلطان مدرك السيادة بمفهومه الدولى — فربط بين السيادة والتنظيم الدولى ولذا يناقش التنظيم الدولى الإسلامى وتطور فكرة انقسام العالم إلى دار إسلام ودار حرب تحت عنوان « السيادة فى الشريعة الإسلامية » . ويقرر أن علاقات الدولة الإسلامية بغيرها من الدول هو المظهر الخارجى لمبدأ السيادة فى التنظيم الدولى ويرى أن العلاقة بين دار الإسلام ودار الحرب تقوم على الأمان وأن الأمان نوعان : أمان مؤقت وأمان دائم وأن المؤقت نوعان : أمان خاص وأمان عام .

أما الأمان المؤقت الخاص فهو ما يذله المسلم فى مقابلة لواحد أو لجمع محصورين وأما الأمان المؤقت الدائم فهو ما يذله لغير المسلمين وهو حق لا يملكه إلا الإمام . وفى حكم هذا الأمان المؤقت العام المهادنة .

أما الأمان الدائم فهو ما يثبت بعقد الذمة ويتولى هذا العقد من قبل المسلمين الإمام أو نائبه وهو إنما يصح على أهل الكتاب ومشركى غير العرب . ويعلن بأن الأمان الدائم أو المؤبد يدخل فى نطاق القانون العام الداخلى ولا شأن له بعلاقة الدولة الإسلامية بالدول الأخرى غير الإسلامية (حامد سلطان — أحكام القانون الدولى فى الشريعة الإسلامية ، القاهرة ١٩٧٠ ، ص ١٠٧ — ١١٢) .

ولكنى اتجه فى هذا البحث إلى مناقشة مدرك « السيادة » فى قانون السلام الإسلامى منفصلاً عن التنظيم الدولى الإسلامى من حيث أن الدراسات

المعاصرة تفرق الآن بين القانون الدولى والتنظيم الدولى وهى تفرقة اعتمدتها فى تحديد إطار هذه الدراسة منذ البداية ولذا وجهت جل اهتمامى إلى أحكام القانون الدولى الإسلامى فحسب وتركت التنظيم الدولى الإسلامى لدراسة لاحقة وللدراسات التى قام بها بعض الفقهاء المحدثين .

أعود إلى ما قدمت وهو أبنى أناقش السيادة هنا بمفهومها القانونى . وهنا ألاحظ كما أسلفت أن القرآن الكريم قد ذكر السيادة على أنها لله تعالى . ولكن شاءت حكمة الله أن يفوض فى بعض هذا الملك أثناء الحياة الدنيا « والله يؤتى ملكه من يشاء » (البقرة / ٢٤٧) . وأن ينفرد بالملك وحده فى الآخرة « لمن الملك اليوم للواحد القهار » (غافر / ١٦) .

إن الشطر من الملك الدنيوى الذى يؤتاه الملك من يشاء هو استخلاف زمنى بمعنى ملك البشر على البشر ملك زمنى مشتق من الارادة العليا . والخلافة واضحة فى قوله تعالى « يادادود إنا جعلناك خليفة فى الأرض » (ص / ٢٦) ، واقتصار ملك البشر على الدنيا تؤكد فى كل مرة ينسب فيها الملك لبشر ، وقد قدمت أدلة عن ذلك فى الآيات التى تتحدث عن فرعون ويوسف وسليمان ، وعلى هذا يمكن أن نصف حكم الرسول لدولة المدينة بأنه صورة خاصة من الملك لأن رئاسته لها قد زيد عليها بنبوته فأصبحت — على حسب تعريف ابن خلدون ملكا . وقد انتقلت السلطة بوفاة الرسول بغير استخلاف إلى الأمة فاختارت الأمة ممثلة فى أهل الحل والعقد أبا بكر خليفة للرسول . ويستنبط البعض من هذه السابقة قاعدة تقول إن من تختاره الأمة يختاره الله . وفى قول آخر فانهم اعتبروا — كما ذكرت آنفا — أن السلطة — فيما عدا التشريع — قد فوضت للأمة أو للدولة أما السلطة العليا والقدرة القاهرة فهى لله . وهذا مؤداه أن السلطة الزمنية إذ تستمد مقوماتها من العلى القدير إنما تخضع لإشرافه المباشر فرئيس الدولة والدولة كلاهما أداة لتنفيذ القانون الإلهى على الناس فإن فشلت الدولة فى تطبيق القانون خانت الغاية المرجوة منها وأن انتهك الحاكم القانون أسقط عن الناس عبد بعض الفقهاء قيد البيعة له كما أسلفت .

وإذن فالسيادة بمعناها السياسى هى دائما لله لأنه هو الإرادة التى لاتعلوها
إرادة وهو القاهر فوق عباده . أما السيادة بمعناها القانونى فتختلف فى المجال
الداخلى عنها على الصعيد الدولى .

إن مظهر الملك الداخلى هى الحاكمة « فاحكم بين الناس بالحق » أى هى
سلطان يمارس بالعدل . ومن ثم فإن السيادة الداخلية . التى تتمتع بها الدولة
على رعاياها — أو التى يمارسها الإمام على الناس هى حاكمة فى شئون الدنيا
فحسب أما شئون الدين فهى حارسه عليها أمانة على مراعاتها واحترامها .
وهكذا تختلف السيادة السياسية فى النظرية الإسلامية عنها فى النظرية
الوضعية من حيث :

- (١) أن النظرية الإسلامية تفرق بين السيادة والحاكمة فالسيادة لله
والحاكمة للبشر أما النظرية الغربية فتجعل السيادة للدولة وحدها .
- (٢) صاحب السيادة فى النظرية الغربية — على مايقول به الجمهور — هى
الدولة كشخص معنوى أما صاحبها فى النظرية الإسلامية فهى الذات
الإلهية .

بيد أن من أصحاب النظرية الوضعية قلة من لاهوتين أخضعوا إرادة الأمير
لإرادة الله ، وقد ولى زمان هؤلاء لاسيما بعد أن فصلت الدولة الغربية الدين
عن الدولة وأصبح الاجماع الآن على أن ارادة الدولة لاتعلوها أرادة أخرى .

أما على الصعيد الدولى فإن الدولة هى التى تمارس العلاقات الدولية وهى
التي تكتسب الحقوق وتلتزم بالواجبات ومن ثم فإن الدولة تتمتع بأهلية
التصرف والادارة فى المجال الدولى .

ولما كانت الدولة شخصا معنويا — أى حيلة من حيل القانون — فإن
الشخصية التى تتمتع بها هى من خلق البشر وتبعاً فإنها تمارس أهلية ابتدعها
البشر وهى أهلية تجعلها صالحة لكسب كافة الحقوق الدولية والالتزام بكافة
الواجبات الدولية . وهى أهلية تمارس حيلاً غيرها من الدول على قدم المساواة

دون الخضوع لسلطة زمنية مركرية . ولما كانت السيادة هي المصطلح الذى أطلقه على الأهلية الدولية الكاملة فإننى أقول إن الدولة تتمتع بسيادة قانونية . بيد أنها سيادة مشتقة من سيادة أصيلة فالسيادة الأصيلة هي سيادة المولى عز وجل . وبدهى أن تهيمن السيادة الأصيلة على تصرفات السيادة المشتقة عن طريق البشر من عباد الله لأن قهره تعالى إنما هو فوق عباده من الأشخاص الطبيعيين . ومن ثم فإن السيادة المباشرة أو المشتقة فى العلاقات الدولية تكون للدولة أما السيادة غير المباشرة أو الأصيلة فهى لله عز وجل . وإذن فالنظرية الإسلامية تشر للدولة بأهلية قانونية ولكنها تحكم تلك الأهلية بأحكام الشرع المبين .

وهكذا فإن سيادة الدولة فى الداخل حاكمية وفى الخارج سيادة مشتقة ذلك أن الدولة تملك فى الداخل حكما على رعاياها أى الذين لها عليهم حق الطاعة والولاء أما فى الخارج فإن الدولة تمارس أهليتها — أى سيادتها — حيال قرينات تتعامل معها على قدم المساواة وليس لدولة أهلية تحكم أهلية غيرها من الدول وإنما الذى يحكم الأهلية هو قانون الله وإرادته العليا .

٣ — العنصر الاجتماعى (الشعب) :

قد يكون من الطلى أن نبدأ بكلمة عن طبيعة المجتمع الذى يبعث فيه رسول ، وقد يكون من الطلى أيضا أن نذكر منذ البداية أن مدرك المجتمع كان بعيداً عن اذهان العرب الذين بعث الرسول فيهم اللهم إلا التنظيم القبلى . والقبيلة كانت جماعة من الناس ينحدرون من سلف واحد وجد مشترك . وقد عرف العرب فى مرحلة من تاريخهم صورة القبيلة الأموية حيث كانت العصبية تنسب إلى الأم ، وإلى الأم ينسب عرب الأوس والخزرج الذين كانوا يسمون — قبل أن يصبحوا أنصاراً — ببنى قيلة وهى الجدة السلف . ويستخدم العرب عدة ألفاظ لتسمية الجماعات التى ترتبط برابطة القرى ولعل أكثرها استخداماً فى القرآن هى لفظة « القوم » وكان العرب يسيرون إلى تلك الرابطة بنسبة القوم إلى أصلهم فيقال « بنو فلان » . ولكل قبيلة أو بطن من

القبيلة سيد ولعله كان هو الأفضل خلافاً من بين افراد القبيلة ، وللسيد سلطات فهو مثلاً الذي يقرر متى تنتقل القبيلة من مرعى إلى مرعى وإن كان الغالب هو أنه سيد بين قرناء primusinter pares .

وقد تمتد الرابطة القبلية إلى اناس لا تجمعهم بأفراد القبيلة رابطة القرى : هؤلاء قد يكونون أحلافاً أو مجاورين (أى جوار حماية) أو موالاة . وقد يقوم الحلف بين القبائل . وهكذا فإن رابطة الدم — أو ما يعد في حكمها — كانت أساس القبيلة ولم تكن العقيدة هي أساس تلك الرابطة — ولذا فإن الآيات القرآنية الأولى كانت تتكلم عن أن الرسول مرسل إلى قوم « ولقد فتنا قبلهم قوم فرعون وجاءهم رسول كريم » (الدخان / ١٧) . « قال يا قوم إني لكم نذير مبين » (نوح / ٢) « قال رب إني دعوت قومي لبلا ونهارا » (نوح / ٥٠ ، ٢) .

فلما أنكر القوم محمداً اتجه القرآن إلى استخدام مصطلح آخر كمسمى لجماعة الرسول ذلك هو « الأمة » و « الأمة » كلمة عبرية تعنى « القوم » أو « القبيلة » ولذا قد يصعب على المفسر أن يجد خلافاً في المعنى بين لفظي « قوم » و « أمة » . وإنما جاء المسمى الجديد ليميز قوم العقيدة الجديدة من الجاهلية « ولكل أمة رسول فإذا جاء رسولهم قضى بينهم بالقسط وهم لا يظلمون » . « قل لا أملك لنفسي ضراً ولا نفعاً إلا ما شاء الله لكل أمة أجل إذا جاء أجلهم لا يستأخرون ساعة ولا يستقدمون » (النحل / ٣٦) . « إنا أرسلناك بالحق بشيراً ونذيراً وإن من أمة إلا خلا فيها نذير » (فاطر / ٢٤) . إن ربط الرسالة بالأمة في هذه الآيات لابد أن يعنى أن للأمة دوراً في تبليغ الرسالة ولذا فإن الأمة لا تتشكل من المؤمنين فحسب بل إن في كل مجتمع فريقاً لا يؤمنون « ويوم نحشر من كل أمة فوجاً من يكذب بآياتنا فهم يوزعون » (النمل / ٨٣) .

ويتكلم القرآن الكريم عن يوم القيامة فيذكر أن كل أمة ستلقى حساباً وتنال جزاءها « وترى كل أمة جاثية كل أمة تدعى إلى كتابها اليوم تجزون ما كنتم تعلمون » (الجاثية / ٢٨) ، « ويوم نبعث من كل أمة شهيداً ثم

لا يؤذن للذين كفروا ولا هم يستعتبون « (النحل / ٨٤) . « ونزعنا من كل
أمة شهيدا فقلنا هاتوا برهانكم فعلموا أن الحق الله وضل عنهم ما كانوا يفترون «
(القصص / ٧٥) . كلما دخلت أمة لعتها أختها حتى إذا ادركوا فيها جميعا
فقال أنحرامهم لأولاهم ربنا هؤلاء أضلونا فإنيهم عذابا ضعفا من النار قال لكل
ضعف ولكن لا تعلمون « (الاعراف / ٣٨) .

وقد نلاحظ في الآيات الكريمة أنها استخدمت مصطلح « الأمة » في عدة
معان متغايرة ولكنها في مجموعها تشير إلى مجموعة فنية ولغوية ودينية تستهدف
التحرر من قيود دنيوية ولذا سميت الأمة الإسلامية بالأمة الوسط كما وصف
المسلمون — شريطة اطاعة الله — بأنهم خير أمة أخرجت للناس .

إن هذا التركيز في الحكم على الجماعة متميزا من الحكم على الفرد يدفع
البعض — بالإضافة إلى ما قدمت — إلى القول بأن رابطة الأمة كانت رابطة
طبيعية أكثر منها دينية .

يبد أننا إذا رجعنا إلى دستور المدينة نجد أن السمة الدينية كانت هي الخلفية
الأساسية التي نظمت بها الأمة الإسلامية ولذا فإن أولئك الذين رغبوا في
الإسلام ولم يكونوا من أفراد إحدى قبائل المدينة إنما كانوا يلحقون بالرسول
وأصحابه من المهاجرين أو بأحدى القبائل الأخرى . وتبعاً فقد اعتبر اليهود في
صحيفة المدينة — وهم أهل الكتاب — أنهم أمة . والحق أن القرآن يطلق تعبير
« الأمة » على أهل الكتاب أحيانا ؛ ومن أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله
آناء الليل وهم يسجدون « (آل عمران / ١١٣) . ولذا فهناك من يقول إن
تعبير « أمة » يطلق على كل مجموعة ذات عقيدة مشتركة . ولعل هذا هو
الغالب على المفهوم السياسي العام المعاصر لمدرك الأمة . فلما استقرت الأمور
للرسول ظهر تعبير جديد لوصف شعب الدولة الإسلامية ألا وهو « الجماعة »
أو « جماعة المسلمين » أو « حزب الله » . وقد وردت لفظة « الجماعة » في
المعاهدات التي أبرمها الرسول في أواخر حياته ، أما اصطلاح « حزب الله »
فقد استخدمه القرآن الكريم « رضى الله عنهم » . خبر عنه أولئك حزب الله ألا

إن حزب الله هم المفلحون » (المجادلة / ٢٢) . ولكن الذى غلب على لغة الفقهاء عند معالجتهم للعنصر الاجتماعى فى الدولة الإسلامية هى لفظة « الأمة » ولذا فإنى أستعير هذا التعبير هنا وأنا بصدد الكلام عن شعب الدولة الإسلامية . وإنى إذا استخدم مصطلح « الأمة » فى هذا المعنى لا أجرده من المدلول الدينى لأن مدرك القبيلة وإن خلف بصماته على التنظيم الاجتماعى الإسلامى إلا أن القبيلة الإسلامية هى قبيلة العقيدة وليست قبيلة الدم فهى الجماعة التى تشكل عروة وثقى يتمسك بها المسلمون ويتناسون فيها عنجھية العرق واللون والنسب « منهم أمة مقتصدة وكثير منهم ساء ما يعملون » (المائدة / ٦٦) « ولكل أمة جعلنا منسكا هم ناسكوه » (الحج / ٦٧) ، « وقطعناهم فى الأرض أما منهم الصالح ومنهم دون ذلك » (الاعراف / ١٦٨) . والحق أننا لانستطيع أن ندعى أن هناك تعبيراً معيناً قد استخدمته النظرية الإسلامية للإشارة إلى المفهوم الفنى للعنصر الاجتماعى للدولة لا سيما فى المرحلة المبكرة لتطور القانون الدولى الإسلامى . بيد أننى استملح استخدام لفظ « الأمة » لدقة فحواه فى النظرية الإسلامية دليلاً على أنه يستق مع تعبير مماثل تجرى به لغة القانون الدولى المعاصر .

فإذا قلت إن شعب الدولة الإسلامية يطلق عليه فى النظرية الإسلامية اصطلاح « الأمة » فإن الأمة فى الدولة الإسلامية تحوى ثلاث فئات :

- ١ — أمة المسلمين « كنتم أمة أخرجت للناس » (آل عمران / ١١٠) .
- ٢ — أمة أهل الكتاب « من أهل الكتاب أمة قائمة » (آل عمران / ١١٣) .
- ٣ — أمة المشركين « وأمم ستمتعهم ثم يمسه من عذاب أليم » (هود / ٤٨) .

إن هذه التقسمة لاتعنى إيجاد فواصل تهدم الوحدة الاجتماعية لشعب الدولة الإسلامية ولكنى ألمحت إليها لاننى قدّمت بأن مدرك « الأمة » له مغزى دينى ولذا أحببت أن اوضح أن هذا المغزى الدينى لايفيد أن مدرك « الأمة » فى

النظرية الإسلامية يستبعد من تلك « الأمة » من ليس مسلماً ، بل هو — كما قدمت — يستقطب أمتي الكتائبين والمشركين ويحشو بهما في بوتقته .

وذلك هو حكم الدنيا أما في الآخرة فالامر بيد الله وهو وحده العالم به « كل أمة تدعى إلى كتابها اليوم تجزون ما كنتم تعملون » (الجاثية / ٣٨) ، ذلك أن العلاقة التي تربط بين هذه الفئات تصفها الآية الكريمة « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين » (الممتحنة / ٨) . وإذن فالبر والقسطاس هما حجر الرchy التي تدور عليها العلاقة في المجتمع الإسلامي بين أمة الإسلام وغيرها من الأمم التي تعيش معها على الإقليم الإسلامي مابقيت تلك الأمم بعيدة عن مناجزة الدين ومجاهدة اصحابه بالقوة . والبر لغة هو الخير وهذا معنى لا بد أن تعززه السمة الدينية لمدر ك الأمة . أما البر في القرآن الكريم فهو « من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبين » ، (البقرة / ١٧٧) . « البر من اتقى » ، (البقرة / ١٨٩) . وإذن فالبر في القرآن بر عقيدى تجمله في إنجاز مبدع لفظة « التقوى » أى أن على المسلمين فى معاملاتهم لأهل الكتاب والمشركين الذين ينطبق عليهم الحكم السالف — أن يتقوا الله . والتقوى هنا ليست العبادة فحسب وإنما هى التقوى فى كافة مناحى المعاملات البشرية . ومن ثم فإن القسطاس يدخل فى مفهوم هذه التقوى . وهكذا نجد أن التقسمة السالفة إنما تناقش قيام مجتمع إسلامى يتكامل أفراده فى حلقة البر والقسطاس . بيد أن هذه التقسمة ليست هى التى ارتأها الفقه التقليدى ولذا فإننى أناقش الآراء الكلاسية فى الأسطر التالية :

من يتكون شعب الدولة الإسلامية :

وضعت الشريعة الإسلامية أسسا لحياة اجتماعية جديدة ورسمت ملامح نقلة كبرى للمجتمع العربى من الواقع الوثنى إلى الدور الحنيفى وخرجت بأمة العرب من الظلمات إلى النور فكانت خير أمة أخرجت للناس .

وقد رسم الرسول ﷺ الخطوط العريضة لبناء الهيكل الاجتماعي الإسلامي الذي انطلق ليكون الدولة العربية الإسلامية الكبرى وقد تحلل من العقدة التي كانت تضم أخلاطا بشرية وأجناسا متعددة .

ولكن النظرية التقليدية تميز في المجتمع الإسلامي الأول عنصرين رئيسين هما : العرب وأهل البلاد المفتوحة .

أ - العرب ، وهم العنصر الذي كان يستوطن أساسا الجزيرة العربية ، ثم ساح محاربا في البلاد المفتوحة عبر موجات الحملات العربية الإسلامية حيث أثر بعض هؤلاء الاستقرار في حواضر وأمصار الأقطار التي غزوها ولم تشتغل منهم بالزراعة سوى قلة - ولذا يذكر الأب لامنس أن عدد العرب في الشام لم يكن يزيد في القرن الأول الهجري على مائتي ألف نفس من مجموع السكان البالغ عددهم ثلاثة ملايين ونصف المليون وقد تركز معظمهم في المدن ، أما في مصر فقد استقر عدد كبير من المحاربين - وإن كانوا يمثلون قلة بالنسبة لأهل البلاد - واختلطوا لأنفسهم مدينة عربية إسلامية وسط المحيط القبطي ونزل بعض العرب إلى الاسكندرية وضواحيها وتكاثرت الهجرة العربية إلى مصر لقربها من جزيرة العرب وبلاد الشام . ولكنهم ظلوا على عزلة عن المصريين إلى بدايات القرن الثالث الهجري حيث بدأوا في الانتشار في الأرياف والاختلاط بالمصريين ومصاهرتهم واحتراف الزراعة والصناعة والتجارة .

وكان للعنصر العربي المكان الأول على عهد الأمويين ولكن عمى العنصيات العربية بدأت في التفكك وتفتت سلطانهم تدريجيا في ظل العباسيين .

وقد غلبت جموع البربر على العرب في الأندلس بعد أن افتتح طارق بن زياد . على عكس بلاد المغرب التي وفد إليها كثرة من العرب زاد عددهم في القرن الخامس الهجري بسبب هجرة بني هلال وبني سليم إليها من مصر .

ب - أهل البلاد المفتوحة ، وينطوي هؤلاء على ثلاث فئات هم :

١ - أهل الذمة ، وهم الذين بقوا على دينهم وسموا بالرعية أى الذين أصبحوا فى ذمة العرب أو فى رعايتهم وعرفوا أيضا بأهل الكتاب . ويدخل فى هؤلاء النصارى واليهود وانجوس والصابئة . وكان مفروضا أن يكون الأمان الذى عقده الرسول ﷺ لأهل نجران هو النموذج الأول الذى يحتذىه المسلمون لإقرار حقوق أهل الذمة فى بلاد الإسلام . ولكن نسب إلى عمر بن الخطاب أنه وضع شروطا لأهل الذمة تنظم تصرفاتهم فى المجتمع الإسلامى عرفت بالشروط العمرية ، ثم زاد عليها الفقهاء والخلفاء شروطا أخرى مثل الزنى . وكان يطلق على أهل الذمة فى الأندلس أيضا المعاهدة والعجم والمستعربة ، وفى المغرب الافارق وهم بقايا الفتيقيين واللاتين وكانوا يشتغلون بالصناعة والزراعة ، وتولى بعضهم مناصب هامة فى الدولة .

أما فى مصر فقد كان معظم من لم يدخل فى الإسلام من أهلها من الأقباط وكان العرب يعاملونهم معاملة حسنة بسبب انضمام عدد كبير إلى جانب العرب كذلك تمتع النصارى فى العراق فى العصر العباسى بتسامح دينى من قبل السلطة الحاكمة وزادت أعدادهم وسكنوا محلات خصصت لهم ... ومن أهل الذمة فى العراق الصابئة . (يحيى احمد الكعكى - معالم النظام الاجتماعى فى الإسلام ، بيروت ، ١٩٨١ ، ص ١٠٢ - ١٠٣) .

٢ - المسألة ، وهم الذين بادروا إلى اعتناق الإسلام من أهل البلاد المفتوحة وسموا بالموالى من حيث أنهم يدينون للعرب بالولاء . وكان معظمهم فى العراق وفارس والمغرب . وكانوا يؤلفون فى الشرق العربى حزبا معارضا للأمويين يقوم أساسا على العنصرية الجنسية أو الشعبية لأن الدولة الأموية أقصتهم عن أمور السلطان واعتمدت على العرب حتى اشتد ساعدتهم وانقلبوا على الأمويين واسقطوهم . أما فى المغرب فقد انتشر الإسلام بين البربر حيث تفانى الولاة فى بذل الجهد لتفقيه البربر فى علوم الدين حتى يقوم إسلامهم على أساس متين وربما كان الاختلاف مرجعه بعد المغرب عن دار الخلافة .

٣ - المولدون ، وهم أبناء العرب من نساء مسيحيات ، وكان لهم شأن بارز في الاندلس بسبب إقبال العرب هناك على الزواج من البشكنيات الشماليات ولذا قويت عصبية المولدين في الاندلس وكانت بينهم نزعة التحزب لعرقهم الاسباني .

ويمكن أن نضيف إلى هؤلاء : (١) المتجنسين ، فقد ورد في بعض كتب الفقه (مثل تحرير الاحكام في تدبير أهل الإسلام لبدر الدين بن جماعة) أن تميز المسلمين فمن ليسوا مقيمين بالدولة الإسلامية يجوز لهم إذا ما ما أقاموا فيها أن يطلبوا التجنس ويجوز للامام أن يمنحهم الجنسية . ويبدو أن هذا هو الذي كان معمولاً به في زمانه وأن الأمام كان يعين للمتجنسين من بينهم من يقوم بمراقبتهم وتسجيل نشاطهم . والقول عندى أن اقرار نظام التجنس هذا وإن استمد صورته العامة من مدرك الذمة — إلا أنه يعنى وبُلى بنهى مفهوم الذمة لأهل الذمة . (٢) كذلك الزوجة التى تتزوج من مواطن دولة اسلامية فانها تكسب جنسية الدولة الإسلامية . ومن ثم فلو أن زوجين جاءا إلى دولة اسلامية وأقاما فيها واكتسب الزوج جنسية الدولة الإسلامية فإن تلك الجنسية تنصرف إلى الزوجة أيضا . ولكن العكس غير صحيح بمعنى أن الزوج لا يكتسب جنسية زوجته .

وتقسيم شعب الدولة العربية على هذا النحو يكشف في نظرى عن نبرة عربية غير اسلامية لعل مرجعها ما فرضه عمر بن الخطاب على العرب من عدم الاختلاط بشعوب البلاد المفتوحة ولأحسب أن عمرا قصد بذلك أن يفارق بين المسلمين وبعضهم البعض وهو الذى كان يسمى بلال الحبشى بأنه سيدنا وإنما أراد أن يحفظ للإسلام دفعته القوية في مرحلته الأولى بالابقاء على نقاء العروق، العربية المناضلة. والصحيح عندى أن شعب الدولة الإسلامية يتكون من فريقين المسلمين والكتابين ويمكن أن اضيف إليهما — وبصفة عارضة — المستأمنين ذلك أن المسلمين لا يتفاضلون فيما بينهم بالعرق وإنما يتفاضلون بالتقوى « إن اكرمكم عند الله اتقاكم » (الحجرات / ١٣) .

ولا غرابة أن يكون ذلك التقسيم التنازلي من وراء حركات التدمير التي تحكى
بعضه قصص الفرق بين المسلمين . ثم إن الرسول ﷺ قد اتبع هذا التقسيم
الثاني في تكوينه لشعب يثرب . إذ جعل من المؤمنين انصارا ومهاجرين — أمة
ومن اليهود — وهم أهل الكتاب في المدينة — أمة .

وأكد أحس بأن هناك من يهمس في اذني متسائلا : وماذا عن الرقيق ،
الذين من شعب الدولة الإسلامية ، وأجيب على الفور بأنه لا رق في الإسلام
فليس في القرآن الكريم ولا في الحديث الشريف ما ينظم قواعد لاسترقاق البشر
ولكن الوحي الإلهي اهتم بتنظيم حالة الارقاء. والرق صورتان : رقيق كان العرب
يمارسونه قبل الإسلام ، ورق استحدثه العرب بعد الإسلام .

أما رقيق ما قبل الإسلام فكان جزءا من اقتصاد المجتمع العربي ولذا لم يشأ
الإسلام أن ينهي هذا الوضع فجأة فيهتز بذلك كيان المجتمع الإسلامي سواء
بالنسبة للسلطة أم للرقيق ولكنه عالج — شأن غيره من المشكلات — بسياسة
التأني والحرص ففتح الباب على مصراعيه لتصفية ذلك الوضع وأكثر من
الاحكام التي تفرض على المسلم تحرير الرقيق .

أما رقيق ما بعد الإسلام فقد دخل النظرية من باب خلفي فتحت رواسب
العصور المنحدرة ، ولذا جاءت عبارات القرآن في شأنه بصيغة الماضي .
ولأحسب أن هذا الباب الخلفي سوى الواقع الدولي في حقبة معينة كان فيها
الرق نظاما جاريا وعملا ساريا اكتوى به المسلمون فاسترقوا أسرهم وبيعوا في
الأسواق . ويحكى ابن جبير في رحلته عن الرقيق المسلمين من الأطفال والنساء
الذين يقاسون شظف العيش في أسواق إيطاليا . ومن ثم فلم يكن أمام المسلمين
سوى المعاملة بالمثل ولكنها كانت معاملة بالمثل في إباحة الاسترقاق فقط ،
وكان البون شاسعا بين إنسانية الرقيق في الإسلام وبربريته لدى الأعداء . أما
والرق نظام طارئ على الإسلام فطبيعي أن يزول بزوال مبرراته وينتفي
بانقضاء مسبباته . ولما كانت الجماعة الدولية تشجب الرق اليوم ولا تقره

فلا مراء أن يسقط الرق من بين خيارات الإمام في معاملة الأسرى . وإذن فلا يجوز للمسلمين اليوم أن يسترقوا أسراهم وإلا خرجوا عن حكم دينهم .

وحيث يكون الرق مباحا فإن الإسلام يحيطه بسياج من انسانية فياضة ورقة بالغة تكاد تسمو بالاسير إلى مستوى سيده فهو ليس بالعبد وإنما يطلق عليه الفتى أو الغلام فقد كان الرسول ينصح بقوله « لا تقل عبدي وأمتي ولكن قل فتى وفتاتى » وفي القرآن الكريم « فمن ماملكت إيمانكم من فتياتكم المؤمنات » (النساء / ٢٥٠) . وتصح امامة الرقيق للصلاة ، وكان للسيدة عائشة عبد يؤمها للصلاة . وفي تكريمه يقول القرآن الكريم : « ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا » ويقول الرسول « تواصوا بالاسارى خيرا » . وبلغ من مجاملة المسلمين لاسرى بدر أن كانوا يطعمونهم التمر ويأكلون هم الخبز .

روى عن أبى ذر أنه سئل لم لا يأخذ برد غلامه إلى برده فيكون حلة ويكسوه ثوبا غيره فقال : سمعت رسول الله يقول : هم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليكسه مما يكتسى ولا يكلفه ما يغلبه فإن كلفه ما يغلبه فليعنه » .

ويقول أبو يوسف بحسن معاملتهم وتقديم الطعام واللباس لهم على نفقة الدولة « إنما نطعمكم لوجه الله لانريد منكم جزاء ولا شكورا » .

وقد منع الإسلام ايداء الرقيق حتى أنه جعل كفارة الرقيق الذى يظلم أن يعتقه سيده كما سمح للرقيق بأن يكاتب سيده على حريته ووضع لذلك أحكاما تكاد تفرض إرادة الرقيق على سيده « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا » (النور / ٣٣) وتصبح الأمة أم الولد حرة بموت سيدها فقد حررها ولدها .

وإذا كان إسلام الرقيق لا يرفع الرق عنه خشية ألاعيب المنافقين فإن الإسلام قد ضيق منافذ تحقق الرق وفتح أبواب العتق على مصراعها وكأنه يريد لهذا النظام أن يندثر تلقائيا .

إن الرق في الإسلام نظام لايشأى في بيانه بصحة اسنار بيد أن تفصيل أحكامه يخرج عن نطاق هذا البحث ولذا اجتزىء بما قدمت وماقصدت إلا أن أوضح أن الرق نظام طراً على النظرية الإسلامية فتلقته بمفهوم انساني صادق وشكلته في اطار سام نبيل يجعل الرق من الرقة وليس من الاسترقاق . فلا عجب أن يذكر الرسول الرقيق وهو على فراش الموت فيهب بأمنه قائلاً « اتقوا الله في الضعيفين المرأة والرقيق » . وتلك على كل مرحلة من التاريخ قد ولت وانقضت ومادام أن الجماعة الدولية قد لفظت نظام الرق فهي إذن قد ذهبت به إلى غير رجعة وتقد خلا العالم الإسلامي اليوم من مظاهر ذلك الرق وزالت آثاره .

ويذهب الفقه الدولي المعاصر إلى أن شعب الدولة لا بد أن يجمع الجنسين معا حتى يكون صالحا بذلك للبقاء فلو أن جماعة الدولة تكونت من جنس واحد — شأن الفاتيكان لايفرق بين الدول كثيرة السكان والدول قليلة السكان من حيث المركز القانوني ومايتصل به من حقوق وواجبات . ولكن يبدو أن هذا لم يعد هو الاتجاه العالمي المعاصر إذ أن مسلك الأمم المتحدة تجاه بعض الوحدات التي طلبت الانضمام إليها وتمت الهيئة العالمية في مدى توافر وصف الدولة في تلك الوحدات يكشف عن أن منتظم الأمم المتحدة لايميل إلى قبول وحدات ذات كثافة سكانية هزيلة لان مثل هذه الوحدات لاتصلح للقيام باعباء الدولة في المجتمع الدولي الأمر الذي يدعوني إلى القول بأن عدم اشتراط عدد معين من السكان لم يعد من مسلمات القانون الدولي المعاصر .

وتلك أفكار سبقت إليها النظرية الإسلامية فالاثار والممارسة تشير إلى أن النظرية الإسلامية وإن أطلقت على الدولة مسمى القرية لتعان عن تقبلها للدولة في أصغر صورها إلا أنها لم تغفل بذلك عن شرطى التماسل والكثرة في الشعب .

أما التوالد فدليله قول الرسول ﷺ « تنكحوا تناسلوا فإني مباه بكم الأمم » . وإذن فالأمة الإسلامية في التصور الإسلامي لا بد أن يتوافر لها عنصر

التناسل حتى تبقى قوية الشكيمة مرهوبة الجانب . ويمكن أن استشهد هنا بقوله عز وجل « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة » لأن القوة بمفهومها العام يمكن أن تنصرف — من بين أمور أخرى — إلى قوة العنصر البشرى وتكاثره . كذلك فإن الكثرة — ولو كانت محدودة — لشعب الدولة حكم يستفاد من مفهوم الإشارة في الآية الكريمة « وأرسلناه إلى مائة ألف أو يزيدون » (الصافات / ١٤٧) ، وتفسيرى ثلاثية أن هناك حكمة من ذكر العدد فيها إذا سبقتها في السورة ذاتها آيات عن رسالة كل من الياس ولوط وعبر القرآن عنهما بقوله « وإن الياس لمن المرسلين » و « إن لوطا لمن المرسلين » وأستخدم عبارة ذاتها بالنسبة ليونس فقال: « إن يونس لمن المرسلين » ولكنه لم يورد عددا لمن أرسل إليهم كل من الياس ولوط وأورد ذلك التعداد بالنسبة لمن أرسل إليهم يونس وكان من أرسل إليهم يونس هم — على خلاف قوم الياس ولوط — الذين آمنوا « فأمنوا فمتعناهم إلى حين » . وتبعاً فقد اختار الله أن يذكر عدد القوم الذين آمنوا — أى شعب الدولة المؤمنة — إشارة إلى أن هذا هو العدد الأدنى الذى يصلح لأن يكون العنصر الاجتماعى فى دولة الإلزام . ولا أنكر أننى بهذا الفهم قد أكون افترطت بعض الشيء فى تحميل الآية هذا المعنى ولكنى أراه إفراطاً مستلمحاً واستنباطاً مستقيماً .

وقد ناقشنى بعض ابنائى من الدارسين متسائلاً عما إذا كان هذا العدد قد توفر فى دولة المدينة فإن لم يكن قد توفر فإن الحكم الذى قدمته لا يستقيم . وعلى الرغم من وجاهة هذا الاعتراض فإنى لرى أنس القياس على دولة المدينة يجب أن يكون قياساً على العموميات وليس على التفصيلات ، وفى قول آخر فإننى أقيس على دولة المدينة — عند الكلام على مفهوم الدولة فى النظرية الإسلامية — من حيث توافر العناصر الثلاثة : السلطة والشعب والإقليم . أما ماتوفر من مواصفات لكل من تلك العناصر فليس هو محل القياس لأن ماتوفر لدولة من ظروف خاصة قد يكون قاصراً عليها وليس منطقاً أن نتوقعه فى الدول الإسلامية عموماً ذلك أن كل عنصر من العناصر الثلاثة قد تميز بسمات تتصل بالنبوة الكريمة وتكريم الرسول وتدعيم دعوته وأوضح ذلك فى كل

عنصر من تلك العناصر . فسلطة الدولة كانت في يد الرسول ﷺ وتبعاً فإننا لا يمكن أن نتطلب في سلطة الدولة الإسلامية ما توافر للرسول من مكانة وسلطان وقد قدمت أن الرسول يتمتع بالشخصية القانونية الدولية وتلك ميزة قد اختصه الله بها الأمر الذي يمكن أن نكفيه — إذا نحن استخدمنا التعبيرات المعاصرة — بالقول بأن الدولة الإسلامية قد جمعت في عهد الرسول — وبفضل وجوده ﷺ على رأسها نوعاً من الاتحاد الشخصي يضم الشخصية القانونية الدولية للرسول والشخصية القانونية الدولية لدولة المدينة ، مالا يمكن أن يصرف إلى السلطة في الدولة الإسلامية . فإذا انتقلت إلى عنصر الشعب ووجدت أن تعداده ليس مؤكداً ورب أنه قد وصل إلى التعداد الذي وردت به الآية إذا نحن أدخلنا القبائل الأخرى المجاورة للمدينة والتي دخلت في شعب دولة المدينة ، فإن الأمر لا يخلو من حقيقة هامة اختص الله بها شعب دولة المدينة تلك هي أن الله قد أمد هذا الشعب بالآلاف من الملائكة الذين كانوا يخاربون إلى جانبه ويكونون فيلقاً من كتائبه . ومن ثم فإن تعداد الشعب هنا لا تنطبق عليه المعايير العادية ولا تسرى عليه الاعتبارات المادية وقد اغناه الله بملائكته الأخيار عن استكثار الأنصار . بقي الإقليم وهنا نلاحظ أن تحديد الإقليم كان عملية تمت بإرادة منفردة من قبل الرسول ﷺ ولم يكن بناء على اتفاق مع أو باقرار من الوحدات السياسية المجاورة وتلك مسألة تضي على الإقليم وضعا يختلف به تفصيله عن مدرك الإقليم بالمفهوم الذي تحدده به الآن اختصاص الدولة الإسلامية . وهكذا فإن ما قدمته من أن دولة المدينة نموذج في عمومته وليست مثلاً يطبق في خصوصه هو ما يجعلني أتابع رأيي في أن مائة ألف هو العدد الذي يشير إليه عبارة الآية الكريمة وقد اتجه فكري إلى أن تمثل بهذا العدد على سبيل التقريب لولا أن الآية جعلت حداً أدنى إذ قالت إنهم كانوا مائة ألف أو يزيدون .

ومن هنا وجدت أن مائة ألف هي أقل تعداد لان الآية قطعت احتمال النقصان وأكدت احتمال الزيادة ورب متسائل يرى في هذا الرأي حرجاً على الأمة الإسلامية إذ ماذا تفعل الجماعات التي تقل عن هذا العدد إن هي أرادت

أن تستقل بذاتها في دولة ؟ وردى على ذلك أخصه فيما يلي :

١ — الأصل في المسلمين أن يكونوا يداً واحدة في دولة واحدة ، « وأن هذه امتكم امة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » ، ومن ثم فإن الجماعة التي لا ترى في ذاتها كفاءة لأن تكون دولة يجب أن تنضم إلى دولة اسلامية أخرى لأن مبرر انفصالها بذاتها فيه ضرر يتجاوز انضمامها إلى غيرها من الدول الإسلامية والضرر الأكبر يدفع بالضرر الأصغر .

٢ — أن تعين لذاتها مصيراً فيه تحقيق لآمالها — إن هي رغبت عن الانضمام إلى دولة اسلامية أو لم تكن في وضع يسمح لها بذلك بأن تتمتع بذانية دولية تؤهلها للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات وتبقى كذلك إلى أن يقضى الله لها أمراً كان مفعولاً ..

لقد أمر المولى بأن نعد للعدو ما استطعنا من قوة ومن رباط الخيل . ولا جدل أن القوة التي عناها الأمر الإلهي هي القوة بكل معانيها الاقتصادية والثقافية والعسكرية والبشرية والسياسية . ومن ثم فكيف تعد هذه القوة لإرهاب العدو لو أننا تفرقنا في عدة دول منمنمة يسهل اجتياحها ويهون على العدو أمرها لاسيما في هذا العصر الذي يشهد مولد الدول القارات مثل الصين والهند والاتحاد السوفيتي والاتحاد الأوروبي . إن الذود عن حوض الإسلام لا يكون إلا بالقدرة القادرة . ولأحسبني مغاليا إذا قلت إن دولة يتكون شعبها من مائة ألف تعد اليوم في حكم العدم فما بال الأمر لو أنها قلت عن ذلك . ولذا فإن خلاصة قولي هو أن الآية تشير إلى الكثرة في قولها « أو يزيدون » وتحدد الحد الأدنى للشعب في قولها « إلى مائة ألف » .

أشكال الدول :

للدول حرية تكوين جماعات أو تجمعات لتحقيق أهداف معينة وصدق القول أن نيتي اتجهت بداءة إلى البعد عن معالجة هذا الموضوع لانه يتعلق بصور دائمة التطور والتحول والكلام فيه يكاد يكون وصفاً لواقع إذ ليس هناك من قيود أو قواعد لرسم تلك الصور أو تحديدها على خلاف ما قد يظن أو ما قد توحى به كتابات الفقه التقليدي .

ولا يهمنى هنا إلا تقسيم الدول إلى دول بسيطة ودول مركبة ، وإلى دول تامة الأهلية ودول ناقصة الأهلية . وماعدا ذلك من التقسيمات يتعلق بنظام الحكم الداخلى فنحيل فى دراسته إلى كتب الفقه الدستورى (محمد حافظ غانم — الأصول الجديدة فى القانون الدولى ، القاهرة ، ص ١٢٨) .

والدول البسيطة هى التى تقوم بإدارة شئونها الداخلية والخارجية بسلطة واحدة مثل جمهورية مصر العربية . أما الدول المركبة فتتركب من أكثر من دولة ترتبط معا برابطة مشتركة . وهناك صور تقليدية للدولة المركبة مثل الدول التى تكون اتحادا شخصيا أو اتحادا فعليا . ويمكن أن ندخل الدول ١١ كفة تحت ثلاث فئات .

١ — اتحاد الايلاف (الكونفدرالى) . ويتكون من عدة دول مستقلة ترتبط بوقاق دولى يقيم اتحادا له اجهزة تستهدف المحافظة على الاستقلال الداخلى والخارجى للدول الاعضاء . ولذلك فإن هذا الاتحاد لايعتبر شخصا قانونيا فى القانون الدولى إذ تحتفظ فيه الدول الاعضاء بشخصيتها . وتلك هى الرابطة الدنيا التى تفرضها النظرية الإسلامية على الدول الإسلامية فى علاقاتها بعضها ببعض الآخر وقد استقرت التسمية من القرآن الكريم ذلك « أن الرابطة التى كانت تجمع بين قبائل قريش فى قيامها برحلتى الشتاء والصيف كانت رابطة من هذا القبيل وقد اسمها الله عز وجل بالايلاف » لايلاف قريش ايلافهم رحلة الشتاء والصيف » (قريش / ٢) . ويمكن أن امثل لهذا الاتحاد فى المحيط الإسلامى بمؤتمر الدول الإسلامية الذى تحدث عنه فى بداية هذه الدراسة .

٢ — اتحاد الموالات (الفدرالى) . والخلاف الجوهري بين هذا الاتحاد وبين اتحاد الايلاف هو أن لأجهزة اتحاد الموالات سلطة مباشرة على الدول الاعضاء وكذا على مواطنى تلك الدول وتدار السياسة الخارجية — فى معظم اتحادات الموالات — بواسطة السلطة المركزية . وذلك كان حال دولة المدينة عند وفاة الرسول ﷺ .

وقد ابتدعت هذه التسمية من حيث أن رابطة الولاء عند العرب كانت تجعل من المولى — وهو غريب عن القبيلة — وكأنه أصبح أحد أفرادها وكان رابطة الموالاة قد حلت محل رابطة الدم .

٣ — اتحاد من نوع خاص sui generis ، مثل الكومنولث البريطاني واتحاد الجمهوريات السوفيتية . إن هذه الفئة لا تنطبق عليها مواصفات الفئتين السابقتين . لهذا جمعت هذه التصورات تحت مسمى مشترك وهو اتحادات من نوع خاص . ويمكن أن أدرج تحت هذا المسمى اتحاد الدول — الإسلامية وغير الإسلامية — الذى كان يكون دار الإسلام فى العصر العباسى والذى يمكن أن أطلق عليه — باستخدام تعبير حديث — الكومنولث الإسلامى مقابل التعبير الفقهى التقليدى « دار الإسلام » .

أما الدولة تامة الاهلية فهى الدولة التى تملك مباشرة سائر حقوق (اختصاصات) الحاكمية الداخلية والسيادة الخارجية دون أن تخضع فى ذلك لرقابة سلطة اجنبية .

والدولة ناقصة الاهلية هى التى لا تتمتع بالاختصاصات الاساسية للحاكمية أو السيادة . وللدولة ناقصة الاهلية عدة صور انتقى منها :

أ — الدولة التابعة Vassal أى الدولة التى تخضع خضوعا كاملا لسلطان دولة أخرى . والحق أن الوجود الدولى للدولة التابعة لا يكاد يمس لان استقلالها مقيد تقييدا بعيد المدى ، وأقرب الصور إلى هذه الفئة فى النظرية الإسلامية هى دار الصلح .

ب — الدولة المحمية Protectorat - Ptotectorate وهى الدولة التى تضع ذاتها — بواسطة معاهدة — تحت حماية دولة أخرى أقوى وأقدر ، بحيث تقوم الدولة الحامية بإدارة الشؤون الخارجية الخاصة بالدولة المحمية . وتتعدد اشكال الحماية حسبما ينص عليه فى معاهدة الحماية وما يحيط بالحماية من ظروف ولعل هذا الوصف ينطبق فى النظرية الإسلامية على دار العهد .

وعلى الرغم من أن الدولة المحمية لا تتمتع بحاكمية كاملة إلا أنها تعتبر دولة في نظر القانون الدولي .

ج — اقاليم المعامدة — أى اقاليم السيادة المشتركة (كوندومينيوم Condeminiom) وهى الاقاليم التى تخضع لحاكمية اكثر من دولة . وقد مارست الدولة العباسية ذلك النوع من الشراكة مع بيزنطة فى حكم بعض جزر البحر المتوسط . ولذا فقد أخذت هذا المسمى عن مراجع التاريخ التى تشير إلى تلك السابقة التاريخية ، مثل ابو الفداء الذى أطلق هذا التعبير على أقاليم فى وضع مماثل إذ قال « تملكوا معامدة مدة مديدة » (Abul Fida- History under the year 588 A. Hyed. Europu)

ومركز اقليم المعامدة ليس واضحاً فى القانون الدولي . وهذا الغموض هو الذى جعلنى أدرجها ضمن مجموعة الدول ناقصة الاهلية وإن كانت بعض صورها أقرب إلى المستعمرات منها إلى الدولة ناقصة الاهلية .

الاعتراف والاقرار :

لكل نظام قانونى اجراء تستطيع الوحدة عن طريقه أن تكتسب العضوية فى ذلك النظام والاجراء الذى يعرفه القانون الدولي وقت السلم — هو ماجرى الفقه على تسميته بالاعتراف وهو- الاقرار اقرارا ذا حجية بالوجود القانونى لشخص قانونى دولى . والاعتراف قد يكون اعترافا بالدولة وقد يكون اعترافا بالحكومة بيد أن الاعتراف بالحكومة يدخل من الناحية الفقهية فى الدراسات الدستورية ولذا اجتزئ هنا بالكلام عن الاعتراف بالدولة . أما الاقرار فهو مجرد ملاحظة مركز واقعى أى عدم انكار ذلك المركز الواقعى دون أن يترتب على ذلك حتماً والزماً أثر قانونى .

والقول عندى إن النظرية الإسلامية تعرف المصطلحين : الاعتراف Recognition ، والاقرار acknowledgement ولكن مفهومها لاحكام المصطلحين يختلف عن المفهوم الجارى فى الفقه الدولي المعاصر .

ذلك أن الاعتراف في النظرية الإسلامية قد يكون اعترافا الزاميا (كاشفا)
اي تفرضه الأحكام الأخرى وتقضى به اعتبارات النظام العام الإسلامي . وقد
يكون اعترافا رضائيا (منشئا) ، أى يتوقف على ارادة الدولة المعترفة إن شاءت اعترفت
فترتب على ذلك انتفاء الحقوق القانونية على الوحدة المعترف بها وإن شاءت لم
تعترف فتبقى الوحدة بلا حقوق اساسا حيال الدولة التى تنكل عن
الاعتراف .

كذلك قد يكون الاعتراف قانونيا أى نهائيا ينفى الكيان القانوني على
الوحدة المعترف بها وقد يكون واقعيا أى مجرد العلم بالوجود المادى للوحدة
والاعتراف بكيانها الواقعي . والاعتراف الواقعي هو ماأسميه بالاقرار . وفي
تطبيق أحكام الاعتراف والاقرار نجد أن الوحدة المراد الاعتراف بها لا تخرج في
النظرية الإسلامية عن فرض من ثلاثة : أن تكون وحدة اسلامية أو ان تكون
وحدة كتابية أو أن تكون وحدة مشتركة أو ملحدة .

أما الوحدة الحديثة التى تنشأ على أسس اسلامية . فليست بحاجة إلى
اعتراف من شقيقاتها الدول الإسلامية الأخرى كى تمارس حقوقها ازاء الدول
الإسلامية . ولعل ذلك هو الذى جعل الاعتراف من بين الموضوعات التى
لاستهم الفقه الإسلامى لان الاعتراف هنا وعدم الاعتراف سواء من حيث
المركز القانوني للدولة الإسلامية الجديدة سوى أن الاعتراف تعبير عن مظهر
أخوى ودى أى أنه هنا مجرد اجراء ذى سمة سياسية فحسب فنعما هو . ولذا
فإن هذا الاعتراف يعتبر اجراء كاشفا وليس منشئا ، وبحث الاعتراف الرضائي
يكون عند تحديد العلاقة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية ، ولذا
نسأل هل يجوز أن تعترف الدولة الإسلامية بغيرها من الدول غير الإسلامية أم
أن ذلك لايجوز .

قلت فيما سبق إن الكلمة السواء تجمع بين الدولة الإسلامية والدولة
الكتابية ولأقصد بالدولة الكتابية الدولة التى تلتزم بأحكام كتابها وإنما الدولة
التي تقر تلك الاحكام وتعترف بها وتحمي حقوق افراد شعبها في ممارسة مظاهر

دينها ذلك أن الدول الغربية اليوم تفصل بين الدين والدولة ولكنها مع ذلك تحمى الدين وترعاه، مثل تلك الدولة تعد — في مذهبي — دولة كتابية لأن عنصرها الاجتماعي — وهو الشعب — كتابي وتتساوى معها الدول التي يدين شعبها بما يعتبر في حكم الكتاب — ومن ثم فإنه يجوز للدولة الإسلامية أن تعترف بتلك الدولة الكتابية — إذا ماتوافرت فيها شروط الكلمة سواء أى الاجتماع مع الدولة الإسلامية على وحدانية الله وعدم الاشرار به فإنه يترتب على ذلك قيام علاقات سياسية سلمية ومن ثم فإنه يجوز للدولة الإسلامية عندئذ أن تعترف بتلك الدولة الكتابية — وكذا الدول التي في حكمها — اعترافا قانونيا . بيد أن الاعتراف هنا اعتراف منشئ لانه اقرار بأوصاف يتوقف تكييفها على ارادة الدولة الإسلامية . فإن اعترفت الدولة الإسلامية بدولة كتابية كان ذلك اقرارا منها للدولة الكتابية بالوجود القانوني كدولة وترتب على ذلك التزام الدولة الإسلامية باحترام حقوق الدولة الكتابية والتعايش أو التعاون معها على نحو ما سلفت « لاينهاكم الله عن الذين لم يحاربوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم » (الممتحنة / ٨) .

أما إذا لم تكن الوحدة غير الإسلامية دولة كتابية فإن الدولة الإسلامية لايجوز لها أن تعترف بها ولا أن تقر لها بكيان قانوني دولي والأصل في علاقة الدولة الإسلامية بتلك الوحدات هو مقارعتها ولو بالقوة لأن عنصرها الاجتماعي — وهو الشعب — نجس « إنما المشركون نجس » (/) . وما كان للدولة الإسلامية أن تساوى بين ذاتها وبين مثل تلك الوحدات ولو أن تطعن إلى الدخول في علاقات سلمية معها . بيد أن تلك الوحدات ولا كيان مادي واقعي وقد تأتى تصرفات لها آثار تمس مصالح الدولة فماذا يكون موقف الدولة الإسلامية منها ؟ إن الأمر يحكمه واقع الدولة الإسلامية بيد أن هذا الواقع يفرض تصرفا واقعيا . ذلك التصرف هو ما أسميته بالاقرار لأنه تصرف تقتضيه الظروف ولكن لا تمليه المبادئ . ويقتررب الاقرار في تسمية الفقهاء المحدثين — بالاعتراف الواقعي — . انه تصرف زمني واجراء استثنائي يجب أن يقدر بقدره ولا يحسن التوسع في تطبيقه ولذا فإن تكييفي

للاقرار هذا هو انه تصرف ذو سمة سياسية غالبية — وإن جاز أن يكون له معقبات قانونية لأن تلك المعقبات لم تكن مقصودة لذاتها بل دعت إليها اعتبارات سياسية ابتعتها مصلحة عامة للدولة الإسلامية « إن الذين يحادون الله ورسوله كبتوا كما كبت الذين من قبلهم » (المجادلة / ٥) « إن الذين يحادون الله ورسوله أولئك في الأذلين » (المجادلة / ٢٠) .

الفرع الثانى فى الحقوق الدولية

الحق لغة واصطلاحاً :

الحق لغة « اسم من اسمائه تعالى والثابت بلا شك قال تعالى « إنه لحق مثل ما أنكم تنطقون » . ويؤسف به فيقال « قول حق » وهو حق بكذا : جدير به والنصيب الواجب للفرد » (المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية — ج ١ ، ص ١٨٦) .

وفى القرآن الكريم استخدام للفظ بمفهومه مثل قوله عز وجل « فليكتب ويمل الذى عليه الحق وليتق الله ربه » (البقرة / ٢٨٢) وقوله « والذين فى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (المعارج / ٢٤) . وقوله أيضاً « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق » (الاسراء / ٣٣) . وقوله كذلك « خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق » (ص / ٢٢) . وقوله « يادادود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » (ص / ٢٦) .

وأغلب الظن أن المعنى اللغوى للحق كان له انعكاسه على الفهم الفقى للحق وتباين الفقهاء فى التعبير عن ذلك الانعكاس .

فقد عرف البعض الحق بأنه اختصاص حاجز وهم فى ذلك يعرفون الحق بسمته الجوهرية ، ذلك أن الحق هو فى جوهره عبارة عن رابطة بين شخص وشىء أو بين شخص وشخص تمنح صاحبها سلطة استشارية (راجع فتحى الدرينى — الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده أو نظرية التعسف فى استعمال الحق نين الشريعة والقانون ، دمشق ، ١٩٦٧ ، ص ١٨٦) . وهذا يتفق مع الاتجاه الشخصى فى تعريف الحق .

ومن الفقهاء المحدثين من تأثر بالفقه المعاصر فعرف الحق بالمصلحة ، فالحق عندهم مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا ، أو هو مصلحة مستحقة شرعا ، أو هو اختصاص بمصلحة ومنفعة . وهذا يتماشى مع الاتجاه الموضوعى فى النظرة إلى الحق . وقد قابل القرافى بين الحق — وهو ما سلفت بيانه — وبين الرخصة فيتساءل هل من يملك يعد مالكا أم لا وهل يعد من انعقد له سبب المطالبة بالملك يعد مالكا أم لا . ويصف صاحب الرخصة بأنه « من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتملك » مثل حيازة الغنيمة ، والشركة فى الشفعة إذا باع الشفيع وتحقق لواحد المطالبة بالتملك فى الشفعة ، وحق الفقير فى بيت المال . ذلك أن صاحب الرخصة يملك أو يملك ولكنه — على رأى الذى اعتمده ليس مالكا . وما أقرب هذا مما يسميه الفقه الغربى Inchoate right (القاعدة ٣٣ من الجزء الثالث من تهذيب الفروق) .

وهكذا نجد أن الفقهاء قد عبروا بالحق عن كل ما هو ثابت ثبوتا شرعيا أى بحكم الشارع وإقراره وكان له بسبب ذلك حمايته . وهم فى استعمالهم لتعبير « الحق » لم يلتزموا معنى اصطلاحيا خاصا لذلك فهم قد يدخلون فيه ما يعد مكنة أو إباحة يسمح بها القانون فى نطاق الحقوق الخاصة والعامة ومما يطلق عليه القانونيون أحيانا « رخصة » . (على الخفيف — الحق والذمة ، القاهرة ، ١٩٤٥ ، ص ٤٣ ، وما بعدها) .

وتقرير حق الفرد وحق الجماعة بحكم الشارع يجعل حق كل منهما مقرونا بالواجب بل إن ما هو حق للفرد أو للجماعة هو فى نظر الشارع واجب تكليفى مفروض على أحدهما لصالح الآخر . فما هو حق لله وما هو حق للعبد وما هو حق مشترك بينهما كلها أحكام تكليفية وواجبات شرعية (راجع محمد بن يحيى عثمان — حقوق الإنسان بين الشرعية الإسلامية والفكر القانونى الغربى ، دار الشروق ، ١٩٨٢ ، ص ٦٠) .

ويعالج الأصوليون الحق فى باب « المحكوم فيه » ولكنهم لا يتفقون على أسلوب واحد فى تقسيمه . والشائع هو تقسيم الحق إلى قسمين رئيسين :

١ — حق الله ، وهو ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم فلا يختص به واحد دون واحد ، و اضافته إلى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه (ابن مالك ، شرح المنار ، القاهرة ، ١٣٠٨ ، ص ٨٨٦ ، كذا راجع القرافي — الفروق ، القاهرة ، ١٣٤٧ ، ج ٢ ، ص ١٤٠) .

و حق الله بهذا المفهوم هو حق الجماعة ذلك أنه إذا تعلقت الاحكام الشرعية بافعال المكلفين المقصود بها مصلحة المجتمع عامة فحكمها خالص لله وليس للمكلف خيار فيه وتنفيذه لولى الأمر (راجع عبد الوهاب خلاف — علم أصول الفقه ، ط ٨ الكويت ، ١٣٨٨ ، ص ٢١٠) . وقد لاحظ بعض الفقهاء المعاصرين أن دائرة حقوق الله تعالى في فقه الشريعة الإسلامية واسعة تتلاقى مع دائرة القانون العام وتشمل فيما تشمل القانون الجنائي والقانون المالى . وقد عرفها ابن تيمية بأنها الحدود والحقوق التى ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين أو نوع منهم وكلهم محتاج إليها وتسمى 'حدود الله وحقوق الله' ، مثل حيا. قطاع الطرق والحكم فى الاموال السلطانية . وهذه تحتاج كما قال على بن أبى طالب لامارة تقوم بها الحدود وتأمين بها السبل ويجاهد بها العدو ويقسم بها الفىء ، أو بحسب التعبير الحديث هى مسئولية الدولة .

وإذا كان ابن تيمية قد تكلم عن حقوق المسلمين ، فالى لأرى — من الناحية الفنية — مانعاً من أن ينصرف تعريف الحق العام إلى أية جماعة — سواء أكانت مسلمة أم لم تكن مسلمة مادام أن النظرية الإسلامية تقر بها . ومن ثم فإن حقوق الدول وحقوق الوحدات الشبيهة بالدول وكذا الجماعات ذات الكيان القانونى — مثل حركات التحرير — يمكن فى القول الذى اذكيه — أن تدرج تحت هذه الفئة من الحقوق .

٢ — حق العبد ، وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة ، فهو إذن حق للفرد لان « المقصود بها مصلحة المكلف خاصة ولذا فإن حكمها حق خالص للمكلف وله فى تنفيذه الخيار » (خلاف — المرجع السابق ، ص ٢١١) . وهذه الحقوق تدخل فى دائرة القانون الخاص .

ولما كانت بعض الحقوق قد تختلط فيها المصلحة إذ يقصد بها مصلحة المجتمع والمكلف معا ، فإن حكمها يدور بين القسمين السالفين فيكون حكمها كحكم ما هو حق خالص لله إذا كانت مصلحة المجتمع فيها أظهر لأن حق الله فيها غالب ، ويكون حكمها كحكم ما هو خالص للمكلف إذا كانت مصلحة المكلف فيها أظهر لأن حق المكلف فيها غالب كمال اليتيم والوفاء بالكيل والميزان بالقسط (ابن تيمية — الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، القاهرة ، ١٣٨٧ ، ص ٣٣ — ٣٤ ، ٨٠) . وعندى أن مانسميه بحقوق الفرد أو الإنسان تدخل في هذا القسم المشترك وإن أخذت حكم حق العبد لأن مصلحة الفرد فيها هي الغالبة .

ولكن الماوردى يضيف إلى القسمين السالفين قسما ثالثا — وهو بصدد التفرقة بين حقوق الله وحقوق العباد — بالنسبة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر — فأما الأمر بالمعروف فينقسم إلى ثلاثة أقسام : فأما المتعلق بحقوق الله عز وجل فضربان أحدهما ما يلزم الأمر به الجماعة دون الأفراد كترك الجمعة في وطن مسكون ... وأما ما يأمر به آحاد الناس وأفرادهم كتأخير الصلاة حتى يخرج وقتها وأما الأمر بالمعروف في حقوق الآدميين فضربان : عام وخاص فأما العام فكالبلد إذا تعطل شراؤه أو استهدم سوره ... وأما الخاص فكاللحقوق إذا مطلّت والديون إذا أئخرت ... وأما الأمر بالمعروف فيما كان مشتركا بين حقوق الله تعالى والآدميين فأخذه الأولياء نكاح الأيام من كفائهن إذا طلبن ..

وأما النهي عن المنكرات فينقسم إلى ثلاثة أقسام : فأما النهي عن حقوق الله تعالى فعلى ثلاثة أقسام : المتعلق بالعبادات كالقاصد مخالفة هيئاتها المشروعة والمتعمد تغيير أوصافها المسبونة ... ثم ما يتعلق بالمحظورات (من النهي عن المنكر في حقوق الله تعالى) وهو أن يمنع الناس من مواقف الريب ومكان التهمة ... وما يتعلق بالمعاملات المنكرة (من النهي عن المنكر في حقوق الله تعالى كالزنا والبيع الفاسد ... وأما ما ينكر من حقوق الآدميين المحضة فمثل

أن يتعدى رجل في حد جاره أو في حريم لداره ... وأما ما ينكر من الحقوق المشتركة بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين فكالممنوع من الإشراف على منازل الناس ولا يلزم من علا بناؤه أن يستر سطحه وإنما يلزم إلا يشرف على غيره ..

والمستفاد من قول الماوردي هذا أنه اضاف في تقسيم حقوق الآدميين بصدد الأمر بالمعروف تقسيمها إلى حقوق عامة « كالبلد إذا تعطل شربه » وحقوق خاصة « كالحقوق إذا مطلّت » . وهذه هي حقوق الأفراد . وتمثل هذا الانشافة من الماوردي أهمية خاصة في دراستي هذه لأنني أراها أكثر دقة في تصنيف الحقوق والحريات الأساسية للأفراد إذ تدخل تحت مسمى الحقوق العامة للآدميين .

والطريف في شرح الماوردي أننا نستطيع أن نبني عليه القول بأن النظرية الإسلامية تقر فكرة القواعد الآمرة أو قواعد النظام العام والآداب فقد عبر عن ذلك بطريقته الخاصة وهو بتكلم عن المعاملات المنكرة مما يتعلق بحقوق الله تعالى في صدد النهي عن المنكرات . ولذا جعل لوالى الحسبة انكارها والمنع فيها والزجر عليها وأمره في التأديب يختلف بحسب الأحوال وشدة الخطر .

كذلك يمكن أن نقرر بأن الماوردي قد مس الجانب الاجتماعي للحق وهو يعرض لحقوق الأفراد بحيث يمكن أن ندعم برأيه هذا نظرية « التعسف في استعمال الحق » (الماوردي — الاحكام السلطانية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٢٤٣ — ٢٥٨) . وذلك استنادا إلى رأى الشاطبي — الذى أؤيده — من وجوب النظر إلى النية ، في استعمال الحقوق جميعا . وتوضيحه أن الحق والاذن الشرعى إنما اقره الشارع لغاية وحكمة فإذا استعمل في غير هذه الغاية وبتقصيد الاضرار بالغير وجب أن يلغى الاذن الشرعى وأن يمنع استعمال الحق على هذا الوجه .

ومن الأصوليين من أخذ بالاباحة الأصلية فما لم يرد به أمر ولا نهى فهو مباح ، واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى (هو الذى خلق لكم ما فى الأرض

جميعا » (البقرة / ٢٩) ، « وسخر لكم مافى السموات ومافى الأرض جميعا منه » (الجاثية / ١٣) . ومن الأصوليين من جعل العفو مرتبة متميزة بين الحلال والحرام وقد أوغل فى هذا الأصل الإمام بن حزم رحمه الله » (محمد فتحى عثمان — المرجع السابق ، ص ٤٠) .

وقد نخلص الشاطبي فى كتابه « الموافقات » ، إلى أن تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها فى الخلق وهذه المقاصد لاتعدو ثلاثة أقسام : ضرورة ، وحاجية ، وتحسينية . والضروريات هى أهم المقاصد وتليها الحاجيات ثم التحسينيات .. وعلى هذا فالاحكام الشرعية التى شرعت لحفظ الضروريات أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة وتليها الاحكام التى شرعت لتوفير الحاجيات ثم الاحكام التى شرعت للتحسين والتجميل .

وقد عقد المعز بن عبد السلام فصولا سبعة « فى تقديم حقوق الله بعضها على بعض عند تعذر جمعها وعند تيسره لتفاوت مصالحها ، فيما يتساوى من حقوق الرب فيتخير فيه العبد ، فيما يختلف فى تفاوته وتساويه من حقوق الله لاختلاف فى تساوى مصلحته وتفاوتها ، فيما يقدم من حقوق العباد على بعض لترجح التقديم على التأخير فى جلب المصالح ودرء المفسد ، فيما يتساوى من حقوق العباد فيتخير المكلف جمعا بين المصلحتين ودفعاً للضررين ، فيما يتقدم من حقوق الرب على حقوق عبادہ احسانا اليهم فى أخراهم فيما يتقدم من حقوق العباد على حقوق الرب رفقا بهم فى دنياهم ... ومثال ذلك الاعذار المبيحة للتلفظ بكلمة الكفر وتأخير الصيام بالأمراض والاسفار » (العز بن عبد السلام — قواعد الأحكام ، ج ١ ، ص ١٦٨ — ١٧٠) .

وقد اعتبر الفقهاء أوامر السلطان — أى ولى الأمر — مرعية ونافذة شرعا حتى ولو تضمنت تقييد مطلق أو منع جائز فى الأصل أو ترجيح رأى فقهى مرجوح مادامت تستند إلى مصلحة يرجع إلى ولى الأمر فى تقديرها ولكنى لا أراها كذلك إذا أجازت ممنوعا مالم يكن لضرورة إذ لاطاعة المخلوق فى معصية .

وأخذا بما قدمت فإن على الفرد أن يلتزم بالحق العام كما أن على الجماعة أن تلتزم بالحق الخاص . واضيف إلى ذلك أن على الجماعة أن تحترم الحق العام لجماعة أخرى كما أن على الفرد أن يحترم الحق الخاص لفرد آخر . وهكذا فإن على الدول أن تحترم كل منها مالدول الأخرى من حقوق ، وينصرف هذا الالتزام إلى الحقوق التى تتمتع بها الوحدات القانونية الدولية الأخرى مثل حركات التحرير أو حقوق الأقليات . وارتباط الحق العام بالشارع لايعنى تحكما أو تعسفا وإنما هو تأكيد للحق وتوثيق فهو بوصفه حقا مقرا من قبل الله يفرض واجب احترامه على المؤمنين أفرادا وجماعات ، وتلك لها حكمة كبرى فى عقيدتى لأن صاحب هذا الحق العام شخص معنوى وليس شخصا طبيعيا يستطيع أن يناقش حقوقه أو يدافع عنها عند انتهاكها .

. ومن الآيات الجامعة للحقوق والواجبات أسوق قوله سبحانه وتعالى « قل تعالوا أتل ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا ولا تقتلوا أولادكم من أملاق نحن نرزقكم وإياهم ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا الكيل والميزان بالقسط لا تكلف نفسا إلا وسعها وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قرى وبعهد الله أوفوا ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون . وإن هذا صراطى مستقيما فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون » (الانعام / ١٥١ - ١٥٣) . ويقرر العز بن عبد السلام أن اجمع اية فى القرآن للبحث عن المصالح كلها والزجر عن المفاسد كلها قوله تعالى « إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القرى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » (النحل / ٩٠) .

الحقوق الأساسية :

يدور القانون فى محتوياته — كما هو معلوم — على موضوع الحقوق والواجبات بيد أن من هذه الحقوق والواجبات فئة ممتازة هى التى تستهمننا فى

دراسة تتوخى الافكار العامة والمبادئ الكلية . تلك هي الحقوق المسماة بالحقوق الاساسية .

ويناقش القانون الدولي المعاصر نوعين من الحقوق الاساسية : (١) الحقوق الاساسية للدول أى المتعلقة بالدول فحسب بوصف أن الدولة هي الشخص الرئيسى للقانون الدولي . ويختلف الفقهاء حول تلك الحقوق الاساسية فمنهم من يتحمس لاقرار الفكرة ومنهم من يقف موقف المعارضة للجوجة . وأيا كان الأمر فإن الجماعة الدولية تولي اهمية بالغة لفكرة الاعتراف بحقوق اساسية كقاعدة جوهرية للصلوات السلمية بين الدول إلى حد أن الجماعة الدولية — ممثلة فى الامم المتحدة — حاولت أن تجمع تلك الحقوق والواجبات الاساسية فى قائمة . وبغض النظر عن القيمة الحقيقية لتلك القائمة فإن القانون الدولي الوضعى يقر بعدد من الحقوق والواجبات التى تملك الدول — بواقع عضويتها فى الجماعة الدولية — أن تدعيها .

ويعتبر فاتيل — من بين سابقيه ومعاصريه — هو الفقيه الذى استقطب مذهبه — فى شأن ما اسماه الحقوق الاساسية للدول — أفكار الفقهاء السياسيين خلال القرنين الماضيين . بيد أن القرن العشرين أهل على الفكر الدولى وقد انقسم إلى فريقين : فريق يعتبر أن الحقوق الاساسية حقوق لاغنى عنها للدول بذاتها إن هى ارادت البقاء ، وفريق يتمسك بان الحقوق الاساسية هى فى الواقع قاعدة القانون الدولى أو مبادئه الاساسية .

ويبدو أن الخلاف الخاص يرجع إلى اختلاف الفقهاء حول المصدر الملزم للقانون الدولى . ومن هنا يمكن أن نصنف المعطيات الاساسية فى القانون الدولى إلى صنفين : حقوق مطلقة ، وحقوق تثبت بعد أن يعترف بها . ويتفق كثير من الفقهاء على أن الحقوق المطلقة تجتمع فى خمسة هى : حق البقاء ، وحق الاستقلال ، وحق المساواة ، وحق الاحترام ، وحق ممارسة التجارة الدولية . ويختصرها البعض إلى أقل من ذلك ويزيدها البعض الآخر إلى أكثر .

وإذا ألقينا نظرة على التعداد الخماسي للحقوق الأساسية — دون التورط في الفلسفة التي بنى عليها ودون الدخول في تفاصيل يضيق عنها هذا المقام — نجد أن المعطيات الأساسية في القانون الدولي تخلص في حقين : حق البقاء وحق المساواة . وفي عقيدتي أن النظرية الإسلامية تقر الحقين على نحو افصله بعد قليل .

(٢) الحقوق الأساسية للأفراد والشعوب — التي بلغ من تطورها اليوم أن أصبحت تدرج ضمن فرعين ثانويين من فروع القانون الدولي حيث نتكلم عن حقوق الأفراد وحدها وحقوق الشعب وحدها وإن كنت قد فضلت إجماع هذه الحقوق تحت مسمى « القانون الإنساني »^١ لأميز بينها وبين « القانون الإنساني » .

كلمة حتى : (القانون الإنساني والقانون الإنساني في المفهوم الإسلامي) :

الحق أنه وإن كان السلام روح الإسلام إلا أن السلام ليس هو الحقيقة الوحيدة في الاجتماع البشري الذي يعرف كذلك — وبضراوة — التنافس والتناحر ، وفي هذا اذكر القول القرآني الكريم « ولولا دفع الله الناس بعضهم لبعض لهدمت صوامع ويبع صلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا ولينصرن الله من ينصره إن الله لقوى عزيز » (الحج / ٤٠) ، وإذن فدفع الباطل وكشف شر قوم عن غيرهم بما خلقه الله وقدره من الأسباب هو درء للمفسدة ومجلبة للخير . ومن بين صور هذا الدفع يذكر القرآن الكريم القتال « كتب عليكم القتال وهو كره لكم وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم والله يعلم وأنتم لا تعلمون » . فإذا كان القتال حقيقة من حقائق الحياة وبشأننا من شؤون الدنيا فما أخرى الإسلام — وهو دين ودولة — بأن ينظم أموره ويرتب أحكامه . بل لقد كان الإسلام أول هدى أضاء السبيل أمام بشرية بربرية هوجاء تجعل من الحرب عديلا للابادة وبديلا للتخريب ولا ترعى في العدو إلا ولاذمة .

لقد كانت الحنيفية السمحاء النقلة الكبرى التي خرجت بالناس من ظلمات الافكار اليونانية والرومانية عن الحرب مع الاعداء إلى نور ملاء الارضاء يقر للعدو بحقوق ويضمن للمحارب حمايات . ولم تكن هذه النقلة كبرى بالقياس إلى وحشية الحروب التي عرفها العصر الاغريقي الروماني بل إنها لازالت كبرى بالقياس إلى مانشهده اليوم بعد جهود اربعة قرون سلخها القانون الدولي المعاصر في محاولات لهددة أهوال الحرب وتخفيف ويلاتها ، ويختار بعض الفقهاء للقواعد التي اسفرت عنها هذه المحاولات — وأنا منهم — مسمى — القانون الإنساني « نسبة إلى الإنسانية » .

وواضح مما اسلفت أن القانون الدولي الإنساني لا يمكن أن يؤدي دوره إلا إذا وفق بين المتناقضين : اعتبارات الإنسانية ومتطلبات الضرورة . فالإنسانية تشده إلى التوادد والتراحم والضرورة تدفعه إلى القوة والتراحم . وينجح القانون الدولي الإنساني في تحقيق أهدافه وغاياته بقدر ماينجح في التوفيق بين هذه المتناقضات ، وقد لخص الرسول الكريم ﷺ هذا الدور للقانون الدولي الإنساني الإسلامي في حديثه الشريف « أنا نبي الرحمة وأنا نبي الملاحمة » ، فقرن الملاحمة بالرحمة وقدم الرحمة على الملاحمة حتى يقر في قلب المقاتل المسلم بأنه يد العدالة وليس سيف النذالة . وقد كان الرسول الكريم دقيقاً في اختيار اللفظ فهو عندما اختار الرحمة قصد التعبير عن التعاطف والتراحم في علاقات متبادلة ولذلك فضل الرحمة على الملاحمة . أما الملاحمة وإن كانت تعني القتال الشديد والمعركة العظيمة إلا أن في معناها القتال في الفتنة وليس مجرد القتال فدل بذلك على أن ملحمته ليست ملحمة الغلبة والسلطان وإنما هي ملحمة درء الفتن وتحقيق الأمان . وفيها أيضاً معنى الاصطلاح ' ففي اللغة لحم الأمر إذا أحكمه واصلحه وتلك هي غاية القتال في الإسلام وهي أيضاً ضابط يضبط سلوك المحارب المسلم . وفي هذه المعاني السامية تلتقى الرحمة مع الملاحمة . بيد أن هذا القانون الإنساني جزء من دراسات قانون الحرب والذي يستهينا هنا هو قانون السلام ولذا فإن اكتفى بما قدمته توضيحاً للفرق بين القانون

الإنسانى والقانون الانسانوى وأصرف الجهد إلى تصورات القانون الإنسانوى فى النظرية الإسلامية التى أعرض لها بعد قليل .

ذلك أن القانون الإنسانوى — نسبة إلى الإنسان — هو قانون الحقوق الأساسية التى يتمتع بها الإنسان — ومن فى حكمه من اشخاص القانون الاعتبارية — وقت السلم وتمثل أساساً فى ثلاث مجموعات :

١ — الحقوق الأساسية للدول .

٢ — الحقوق الأساسية للأفراد .

٣ — الحقوق الأساسية للشعوب .

١ — الحقوق الأساسية للدول :

١ — حق البقاء :

إن بقاء الدولة الإسلامية هو بقاء للدين وصيانتها لذاتها صيانة لاداة التبشير بالدعوة الإسلامية وحمايتها من المعتدين . ذلك أن مهمة الدولة الإسلامية هى نشر كلمة الله . ولذلك يحث الإسلام الدولة الإسلامية على أن تكون دائماً فى منعة حفاظاً على كيانها ودعمها لبقائها وفى أدب ذلك يقول تعالى « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لاتعلمونهم الله يعلمهم » (الانفال / ٦٠) .

والرأى عندى أن كل مايقول به الفقه الدولى المعاصر حول حق البقاء يمكن أن تتقبله النظرية الإسلامية إذ لا شك أن أول مايشغل بال الدولة هو حرصها على نسلاتها من حيث أن هذه السلامة هى مفتاح أى حق آخر يمكن أن ندعيه ، ولذا فإنى ممن يرون أن هذا الحق هو مصدر الحقوق الأخرى . فحق البقاء — كما عرفه قائله — هو حق الدولة فى أن تفعل كل ما هو لازم لبقائها . ولكن هذا الحق النظرى لا يمكن بداهة أن يصبح حقيقة واقعة إلا إذا دعمته قدرة قادرة على حماية الدولة فى مجتمع يؤمن بأن السيف أصدق إنباء من الكتب . لهذا حاول بعض الفقهاء أن يضعوا لهذا الحق قيوداً تقيد من ممارسته

فكان القيد هو الضرورة لان الدولة إذا لم تتمكن من حماية ذاتها ضد وضع يهدد بقاءها في ظروف الضرورة الملحة كان ذلك بمثابة السماح بتفويض دعائها . ولذا فإن الضرورة هنا تسمح بأن تسود المصلحة على القانون طبقاً لمبدأ سلامة الأمة فوق سلامة القانون .

والقصد من تقييد حق البقاء بشرط الضرورة ضبط سلوك الدولة حتى لاتصيب دولة بريئة باسم « حق البقاء » الا إذا كانت مصالح الدولة البريئة أقل نسبياً من الاضرار التي كان يمكن أن تصيب الدولة الاخرى لو أن حق البقاء أنكر عليها في حالة الضرورة ..

ونظراً لأن حق البقاء بمسماه العام هذا قد يبدو فضفاضاً إلى حد يصعب فيه أن يكتسب مدلولاً قانونياً دقيقاً فإن البعض يتجه إلى تسميته بحق صيانة الذات . وتبعاً فيمكن أن نسير على أن حق البقاء وحق صيانة الذات صنوان . وحق صيانة الذات نيط به حق الدفاع عن الذات أو ماجرت العادة على تسميته بحق الدفاع الشرعى . وهذه كلها حقوق تثبتها آيات القرآن الكريم « ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (البقرة / ١٤١) « وإن أعاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » (النحل / ١٢٦) « وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء » (الانفال / ٥٨) ، « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت بيع وصوامع وصلوات » (الحج / ٤٠) . وعن حق الدفاع الشرعى كلام مستفيض في الفقه الإسلامى أحيل اليه .

— حق المساواة :—

يمكن أن أقول إن حق المساواة — في معناه المطلق المجرد — يعنى أن تساهم الدول في الجماعة الدولية بالحقوق ذاتها فلا يكون لأياها ميزة على الاخرى — والحق أن المساواة بين الدول — في معناها الدقيق — ليست حقاً منفصلاً بذاته بقدر ما هي خصيصة للنظام الدولى جميعه بحقوقه وواجباته ، ولذا يجب أن ننظر إليه من هذه الزاوية . وقد هاجم البعض حق المساواة على

أنه يعوق تقدم القانون الدولي . وسعى آخرون إلى التوفيق بين النظر والعمل ففرقوا بين المساواة القانونية والمساواة السياسية ، في الوقت الذي ظل فريق ثالث على التمسك بالمبدأ كشرط جوهري لنظام دولي عادل .

والقول عندى إن حق المساواة فى العلاقات الدولية — لاسيما بشكلها الراهن — يعنى المساواة فى حد أدنى من الحقوق وليست المساواة فى الحقوق جميعا فما هو لازم وضرورى لبقاء الدول من مظاهر للمساواة تتساوى فيه الدول وماعدا ذلك فلا التزام فيه بالمساواة بين الدول . ولذا فإن النظرية الإسلامية — وكذا النظرية المعاصرة — تعرف حالات من عدم المساواة تقرها الاحكام العامة لان المساواة فيها قد تهز سلامة كيان الجماعة الدولية فنجد مثلا فى التنظيم الدولى أن حفظ السلم والامن الدوليين يتطلب القاء مزيد من التبعة على الدول الكبرى الأمر الذى يلزمه اخفاء مزيد من الحقوق المقابلة على تلك الدول — وهذه هى الفلسفة من وراء تحمل الدولة الإسلامية للمسئولية . عن أمن دول الصلح أو دول العيد . كذلك قد تستدعى الاعتبارات الاقتصادية أن نميز الدول الراية على الدول النامية وينعكس هذا بوضوح فى المنظمات الاقتصادية ، وهذه نظرة تتوقعها الاحكام الإسلامية وتفهم من قوله عز وجل « أن تكون أمة هى أرى من أمة » (النحل / ٩٢) . وقد تقرر مبدأ المساواة فى الإسلام بالحديث الشريف « كلکم لآدم وآدم من تراب » .

وهذا بإزكاه قول المولى عز وجل « ياايها الذين آمنوا لايسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم » (الحجرات / ١١) . كما جاء فى الاثر « رب اشعث أغبر ذى ضميرين لا يؤبه له لو اقسم على الله لأبره » . وزوّى مسئلم عن ابى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله لا ينظر إلى صوركم إموالكم ولكن ينظر إلى قلوبكم وأعمالكم » .

كذلك تتضح المساواة فى أن الله قسم الناس شعوبا وقبائل للتعارف وليس للتعالي « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » ، فإن المتعالي لن يخرق الارض ولن يبلغ الجبال طولا .

ولعل اكثر الآيات تأكيداً لحق المساواة بين الدول — المسلمة وغير المسلمة — هي قول العلى الكريم « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد الا الله ولا نشرك به شيئاً » (آل عمران / ٦٤) ، ان الآية الكريمة قد وضعت اساساً للمعاملة السواء بين المسلمين وغير المسلمين ، ذلك هو الاقرار بوحداية الله وعدم الشرك به وجعلت بذلك الارتفاع إلى مستوى معين من الحضارة — هي الوحداية — شرطاً لعضوية الجماعة الدولية على قدم المساواة . وهذا يمكن أن يقارن بالفقه الغربى عندما اشترط — إلى عهد غير بعيد — الحضارة المسيحية متطلباً لدخول الجماعة الدولية ، وهى مقارنة تقف إلى جانب النظرية الإسلامية التى تبدو أكثر تسامياً وأعمق منطقاً . ومع ذلك فإن المدرسة المالكية لا تشترط حتى هذا الشرط لاقامة علاقات سلمية على اساس المساواة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية ، الامر الذى ينتهى بنا إلى القول بأن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل الوحدات السياسية المختلفة ضمن جماعة دولية على اساس الاقرار لها بمبدأ المساواة (قارن فؤاد عبد المنعم احمد — مبدأ المساواة فى الإسلام ، رسالة للدكتوراه قدمت لجامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٢ ، وهى لاتعالج المساواة فى القانون الدولى بل فقط فى الدستورى كما أنها تعتمد احياناً فى تحليل المساواة على ارهاق لبعض النصوص) .

الحقوق والحريات الاساسية للأفراد والجماعات (القانون الانسانى) :

قلت من قبل وأكرر الآن إن الحرية هى سماح إذا اعتدى عليه ينشئ... للضحية حقاً وهذا هو الفرق بيننا وبين الحق بمغناه الفنى الدقيق... ولذا فإن... الكلام عن القانون الانسانى ينصرف عادة إلى جمع الحقوق والحريات معا تحت معالجة واحدة .

ولعل أهم المواثيق الدولية التى تحتوى تلك الحقوق والحريات الاساسية هى :

أ — الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى صدر فى ديسمبر سنة ١٩٨٤ .

بـ العهد الجديد بشأن الحقوق المدنية والسياسية ، وقد صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة وأرفق به لحق اختياري بشأن شكاوى الافراد من المساس بحقوقهم المقررة في الوثيقة .

جـ العهد الدولي بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، وقد صدر كذلك عن الجمعية العامة للأمم المتحدة . وصدر العهدان السالفان في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ ودخلا طور التنفيذ في ١٥ يوليو سنة ١٩٦٧ .

هذا عدا عيود دولية اقليمية مثل الوفاق الاوروي لحماية حقوق الإنسان والميثاق الافريقي بحقوق الافراد والشعوب .

وأحب هنا أن انبه إلى أنسى قد عنونت هذا الشطر من الدراسة بعنوان « الحقوق والحريات » ، والفرق بين الحقوق والحريات فيما اعالجه تحت هذا العنوان هو أن الحريات الاساسية كما قدمت — عبارة عن رخص أو اباحات ، أى مكنت يعترف بها بالقانون للناس كافة أو للجساعات ، دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز ، بيد أنها تؤكد حقا قانونيا إذا اعتدى عليها . مثال ذلك حرية التملك فهى فى ذاتها رخصة أما التملك ذاته فحق (عبد الحكيم العيلى — الحريات العامة فى الفكر والنظام السياسى فى الإسلام ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ١٧٦ — ١٧٧) . فلا عجب إذن أن نعتبر أن قانون تلك الحقوق والحريات مستمد من السنن (قوانين الفطرة أو قوانين الطبيعة) . لأنها لم تتخذ من تقاليد متواضع عليها ، ولا من قواعد محدودة فى كتاب بل مصدرها سنة الله التى لا نجد لها تبديلا (قارى عمر ممدوح مصطفى — القانون الرومانى ، ط ٣ ، القاهرة ١٩٥٩ ، ص ١٦) .

أعود. بعد هذه المقدمة إلى معالجة كل من شتى الحقوق والحريات الأساسية — الجماعية والفردية — على حدة بكلمة عاجلة. أما عن الحقوق الجماعية — أو بحقوق الشعوب — فقد تناولها القسم الأول من العهد الدولي

بشأن الحقوق المدنية والسياسية ، كما عالجها الميثاق الافريقي لحقوق الإنسان والشعوب .

يبد أن تقرير حقوق للشعوب يثير تساؤلا حول الحامل الحقيقي لتلك الحقوق لأن حامل الحق لابد أن يكون ذا أهلية . ولما كان الكثيرون ينكرون على الشعب تمتعه بالاهلية القانونية فانهم يرون أن الفرد الطبيعي هو الذى يمارس تلك الحقوق فحقوق النقابات مثلا تنفرد عندهم إلى حقوق يمارسها الافراد فى معنى حق هؤلاء الافراد فى تكوين النقابات وممارسة النشاط النقابى . ويقابل تلك النزعة نزعة أخرى تقر للشعب باهلية قانونية تجعله صالحا لكسب تلك الحقوق ولذا فإنهم يفرقون بين تمتع الفرد بحق بعينه وبين تمتع الشعب بالحق ذاته فالحق فى الرفاهية مثلا يعنى بالنسبة للفرد حقه فى أن يسهم فى مقومات الرفاهية دون عائق من جنس أو عرق أو دين أما بالنسبة للشعب فيعنى حقه فى أن يسأل الدول تقديم المعونة لمساعدة سياسته فى التنمية

والاعتراض على حقوق الشعوب من حيث أنها لا تتمتع بالاهلية قد تكون له وجهته ، بيد أن هناك أوضاعا يتمتع فيها الشعب بكيان قانونى ذاتى يضاف عليه أهلية قانونية . وتلك الأوضاع هى عندما تتوافر للشعب — أو لمجموعة منه — عوامل مشتركة توحد بين أفرادها وتلفهم فى كيان متكامل موحد للغايات وعندئذ يصبح هذا الشعب — بالتعبير الحديث — أمة ذات اهلية . والاعتراف للامة باهلية قانونية ليس من الأمور المجمع عليها فقها بيد أن عهد العصبة قد فصل فى الأمر وأقر فى المادة / ٢٢ الخاصة بالانتداب ، بأن هناك أمة مستقلة أى أمة ذات اهلية قانونية دولية . ويشهد على ذلك رأى — قوله عز وجل « وقطعناهم فى الأرض أمة منهم الصالحون ومنهم دون ذلك » (الاعراف / ١٦) .

وأغلب الظن عندى أن الرسول قد صدر عن فكرة الأمة المستقلة عندما أعد « الصحيفة » (عهد المدينة) ، فقد وصف المؤمنين والمسلمين من قريش ويثرب ، من تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم بأنهم « أمة واحدة من دون

الناس » . وأن « يهود بنى عوف أمة مع المؤمنين » وهكذا تخطت « الصحيفة » بهذه النصوص نظام القبيلة البدوى الذى فتت وحدة العرب ودمجت المسلمين فى أمة دون الناس . وقد أكد القرآن الكريم هذا المعنى فى قوله تعالى « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (آل عمران / ١١٠) .

ولم تستبعد « الصحيفة » من مدلول الأمة الفئات التى لم تعتنق الإسلام بيد أن درجة الانتماء إلى الأمة الإسلامية كما حددتها الصحيفة كانت تتفاوت فقد فرقت بين أصحاب الحق الكامل وبين غيرهم من تابع ونزيل .

ولما كان المنطقى بالنسبة للامة التى تتشكل فى هذا الكيان القانونى أن تأمل تطور كيانها إلى دولة لأنها وقد استكملت بهذا التشكيل العنصرين الاجتماعى والمادى فلا يبق لها إلا توافر العنصر السياسى لكى تغدو دولة . ومن ثم فإن أول حق يمكن أن نقر به لمثل تلك الامة هو حق تقرير المصير فإن سعت إلى ذلك وتحقق لها معقباتها سلما فيها ونعمت وإلا كان لها أن تمتشق الحسام لبلوغ المرام وهذا يدخل فى مفهوم التحرير وتبعاً فإن حركة التحرير هى القرنين المكين لآمال الامة فى الاستقلال .

وحيث أن الاستقلال السياسى يبدو نحاويا لو أن الأمة جردت من ثرواتها أو حرمت من مواردها ، فقد اقترنت الدعوة إلى كسر قيود الاستعمار وفك الامم من الإسار بتقرير حقها فى التصرف بحرية فى ثرواتها ومواردها الطبيعية .

وإذن فإن للامة حقين :

١ - حق تقرير المصير وماقد يواكب ذلك من حركة تحرير .

٢ - حق التصرف فى ثروتها ومواردها الطبيعية .

فإذا بدأت بحق تقرير المصير نجد أن القومية التى نفذت إلى السياسة تؤكد أن القومية والدولة يجب أن يلتقيا لرسم حدود السلطة السياسية . بيد أن التصور الإسلامى لحق تقرير المصير هو تصور عقيدى اسلامى بمعنى أن اللقاء

بين القومية السياسية والدولة يقابله لقاء بين القومية الدينية — إن صح التعبير — وبين الدولة وهذا الحق يقتضى عندى أن احدد اوصاف حق تقرير المصير حسب النظرية الإسلامية فيما يلى :

(١) حق الأمة الإسلامية — أو اجزاء منها — إذا كانت تحت حكم غير إسلامى فى أن تقرر مصيرها « ولا تنهوا ولا تحزنوا وأنتم الأعلون » ، (آل عمران / ١٣٩) ، « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير الذين أخرجوا من ديارهم بغير حق إلا أن يقولوا ربنا الله » (الحج / ٣٩ ، ٤٠) .

(٢) حق الأمة الكتابية أو اجزاء منها — إذا كانت تحت حكم ملحد — فى أن تقرر مصيرها . لان من أهل الكتاب أمة خير فلا يترك أمرها لمن لا يخاف الله ولا يرحمها .

ولهذه الامم وهى بصدد ممارستها لحق تقرير المصير العقيدى — أن ترفع السيف إذا ما حيل بينها وبين تقرير مصيرها . والقرآن الكريم يعزز ذلك الحق — حسب مفهومى — فى قوله تعالى « وما لكم لا تقاتلون فى سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها واجعل لنا من لدنك وليا واجعل لنا من لدنك نصيراً الذين آمنوا يقاتلون فى سبيل الله والذين كفروا يقاتلون فى سبيل الطاغوت فقاتلوا أولياء الشيطان إن كيد الشيطان كان ضعيفاً » (النساء / ٧٥ — ٧٦) ، ولكن هل يجوز للدولة الإسلامية أن تعين الفئة الكتابية فى ممارستها لحركة تحريرها فى نطاق ما سلفت ؟ الرأى عندى جواز ذلك لان الله تعالى بقول فى حق هؤلاء « ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله اناء الليل وهم يسجدون » (آل عمران / ١١٣) إن هذه الفرقة من أهل الكتاب الذين « يؤمنون بالله واليوم الآخر . ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويسارعون فى الخيرات » هم الذين قال فيهم الخالق الكبير « وأولئك من الصالحين » . وتبعا فإن نصرة هؤلاء على اعداء الله المتشيعين لماديات الحياة هو من قبيل البر بهم وقد امر الله بقتال ائمة الكفر فانهم لا ايمان لهم .

ويزكى قولى هذا أن الرسول ﷺ أثنى على حلف الفضول الذى شهدته قبل بعثته فى دار ابن جدعان وهو حلف يستهدف تضامن المتحالفين جميعا مع المظلوم ضد ظالمه وقال إنه لو دعى به فى الإسلام لاجاب . ذلك أن تجاوب الرسول مع حلف عقده غير المسلمين مراعاة لاشتراك الحلف فى المذكور فى بعض اهداف ومقاصد النظرية الإسلامية هو الذى يستهمنا هنا فى استنباط الحكم الشرعى ، والحكم فيما ارى هو أن تعين الدولة الإسلامية أمة غير اسلامية على أن تنتزع ذاتها من ربة دولية تعتدى على الدين . وهنا أحب أن انبه إلى أننى استخلصت هذا الرأى من قبل البر بالكتابين وقد أمرنا الله به « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم » (الممتحنة / ٨) . والبر غير التوادد الذى نهى عنه المسلمون ، والمودة هى كثرة الحب . يقول تعالى « يا ايها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون اليهم بالمودة وقد كفروا بما جاءكم من الحق يخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم إن كنتم خرجتم جهادا فى سبيلى وابتغاء مرضاتى تسرون اليهم بالمودة وأنا أعلم بما اخفيتم وما أعلنتم ومن يفعله منكم فقد ضل سواء السبيل » (الممتحنة / ١) .

فإن كان الأمر علاقة بين الدولة الإسلامية وبين شعوب كتابية فإنه لا يخرج عن أحد فرضين فاما أن هذه الشعوب منفصلة فى اقليمها وهى لا ترتبط وقتئذ بالدولة الإسلامية إلا عن طريق عهد يبرم بين الطرفين وعندئذ تكون محاولتها لتقرير مصيرها نقضا للعهد بينها وبين الدولة الإسلامية كشعب مثلا فى دار الصلح ، وأما أن تكون جزءا من شعب الدولة الإسلامية وعلى اقليمها وهنا تخضع لاحكام الذمة ومن ثم فإن محاولاتها للخروج عن طاعة الدولة تعتبر انفصالا وليس تقريرا للمصير والانفصال صورة يرفضها القانون الدولى المعاصر كما ترفضها النظرية الإسلامية .

أما إذا كانت الشعوب الكتابية تحت تير دولة اخرى فإن كانت هذه الدولة كتابية ايضا فإن النظرية الإسلامية تقف محايدة حيال محاولات التحرر التى

تجرى فى داخل تلك المنطقة مادام أنها لاتمس صالح الإسلام والمسلمين. وإن كانت الدولة المسيطرة دولة ملحدة أو مشركة فإنى أرى أن للدولة الإسلامية أن تمد يد العون للشعب الكئيب الكئيب كى يتحرر من تلك السيطرة حتى يخلص بدينه وعقيدته لان الله دعى المسلمين إلى أن يبروا بالكتابين المسالمين فى الدين وترك أمر حسابهم لقدرته العالية فى الآخرة .

وأعود فأقول إن مدرك تقرير المصير يشير إلى أن كل أمة تتمتع بسيادة كـ فيها ويمكنها أن تمارسها إذا ارادت فهو إذن مزيج من الديمقراطية والقومية . وقد أصبح تقرير المصير نظرية تنتمى إلى طبيعة الدولة ذاتها فإن ذلك جعل من المدرك فكرة تحتل مكانا من اهتمام الجماعة الدولية .

إن الحق فى الاستقلال الوطنى — الذى أصبح يعرف فى الحرب العالمية الأولى بتقرير المصير — كان يعنى فى عمومته أن لكل أمة حقا فى أن تكون مستقلة وأن تحدد لذاتها نظام حكمها . فلما نشبت الحرب العالمية الثانية عادت إلى مبدأ تقرير المصير حيويته وأشار إليه ميثاق الأمم المتحدة مرتين (م ٢٨ ، م ٥٥ / ٢) .

ولكن هل يمكن أن نتكلم عن تقرير المصير على أنه حق من الحقوق ؟ إن البعض يرى فى المبدأ أنه مبدأ سياسى فحسب ولا يمكن أن يؤخذ على أنه مبدأ قانونى ذلك أنه غامض لا يمكن تحديد المقصود منه كما أن تطبيقه يمس السيادة ومن ثم فإن نصوص ميثاق الأمم المتحدة قد ذكرته على سبيل الحكمة والموعظة الحسنة .

ولكن انصار فكرة أنه حق يقولون إن تقرير المصير حق يعود إلى الشعوب والأمم التى تخضع لسيطرة أجنبية وهو يطبق حاليا على الأقاليم التابعة . ولعل نقطة التحول فى تاريخ مبدأ تقرير المصير هو قرار الجمعية العمومية للأمم المتحدة الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦٠ (١٥١٤ - ١٥) بمنح الاستقلال إلى الأقاليم والشعوب المستعمرة ويوصى بأن تنتقل السلطة السياسية فى كافة الأقاليم التابعة إلى الشعب طبقا لاراداته الحرة .

إن ما قدمت من أحكام يمكن أن اشرح به النظرية الإسلامية ولكن بقيد جوهرى ألا وهو أن تقرير المصير فى النظرية الإسلامية حق ذو طبيعة عقيدية ينطلق من مسلمة بأن مصير الدول والشعوب يجب أن يكون إلى اعلاء كلمة الحق ونشر الدعوة الإسلامية ومن ثم فإن على الشعوب الإسلامية أن تتخلص من كل وضع تتردى فيه ويكون معوقا لها عن اداء تلك المهمة المقدسة . وعلى هذا فإن كل شعب مسلم يجد ذاته تحت حكم غير اسلامى يكون من حقه أن يسعى إلى التحرر من تلك السيطرة . ويجب على الشعب الإسلامى الذى يعانى من مثل هذا الوضع أن يسعى حثيثا إلى الخروج منه حتى لا يصدق عليه قول المولى الكريم « وتودون أن تكون غير ذات الشوكة لكم ويريد الله أن يحق الحق بكلماته ويقطع دابر الكافرين » (الانفال / ٧) .

ولكننا يجب أن نحذر — ونحن بصدد الكلام عن تقرير المصير — من الخلط بين تقرير المصير وبين الانفصال secession ذلك أن الغالب فى الفقه المعاصر — وهو مأخذ به الحكم القرآنى الكريم — هى اجازة تقرير المصير وتحريم الانفصال . إن تقرير المصير فى النظرية الإسلامية هو — كما قدمت — حق مرتبط بالعقيدة ولذا فلا جدال فى أنه يعتبر فى النظرية الإسلامية حقا . وهنا تختلف النظرية الإسلامية عن النظرية المعاصرة فى أمرين :

(١) أولهما أن هناك فريق من الفقه لا يريد أن يقبل تقرير المصير على أنه حق وإنما يقبله على أنه مبدأ سياسى فحسب وأن ما جاء بشأنه من نصوص فى ميثاق الأمم المتحدة إنما جاء على سبيل الحكمة والموعظة الحسنة . ويتبسط البعض فيقول انه حق ولكنه فى دور التكوين — فى حين أن تقرير المصير فى اطار ما سلفت هو حق لأمرأء فيه طبقاً للنظرية الإسلامية .

(٢) وثانيهما أن النظرية المعاصرة تعاني من الفشل فى إيجاد معيار تحدد فيه الفرق بين تقرير المصير وبين الانفصال وتلك مشكلة واضحة الحل فى النظرية الإسلامية . ذلك أن تقرير المصير فى النظرية الإسلامية هو —

كما اسلفت — حق ذو صبغة عقيدية وثبعا فإن الحركات التي تمس العقيدة ووحدة أصحابها حركات ترفضها النظرية الإسلامية .

وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية تشق طريقها بـقدم ثابتة نحو التفرقة بين الانفصال المنشود والانفصال المردود . ومن ثم فإن خروج مجموعة إسلامية أو غير إسلامية على دولة الإسلام هو من قبيل الانفصال المردود . ويرتبط بحق تقرير المصير حق الأمة في ممارسة حركة تحرير وعندئذ تعتبر حركة تحرير مشروعة لأنها تتعلق بالعدالة الاجتماعية والسياسية في الأسرة الدولية التي تفتقر إلى قوة مركزية . وعندى أن القرآن الكريم قد عبر عن كل ما اسلفت من معان في قوله الكريم « ومالكم لاتقاتلون في سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا اخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها » .

ويطيب لى أن أضيف هنا أن القرآن الكريم قد سبق — بصريح نص هذه الآية — ما انتهت إليه الجماعة الدولية المعاصرة كمظهر حضارى للحريات التي تباهى بأنها لم تسبق في حمايتها . ذلك أن القانون الدولى المعاصر يبيح — استثناء من تحريم استخدام القوة — أن تمد الدول يد المساعدة بالسلاح والعتاد والقوة لحركات التحرير . والآية الكريمة تبيح القتال — بل وتستحث عليه — في سبيل نصره الجماعات التي أركست في ظلم دولة ما للتحرر من ربة طغيان تلك الدولة .

بيد أننى أكرر مرة أخرى أن النظرية الإسلامية لاتقبل حركات الانفصال كما لاتقبلها النظرية المعاصرة ، غير أن النظرية الإسلامية أقامت معياراً محدداً دقيقاً يمكن أن نتعرف به على ما إذا كنا أمام حركة انفصال أم حركة تحرير واستطيع أن أجمع حركات الانفصال المحرمة في النظرية الإسلامية تحت عناوين رئيسين : (١) الردة (٢) والبغى

وأتناول كلا من هاتين القضيتين في ايجاز لأن دراستهما في الحقيقة أدخل في القانون الإنساني — وتبعاً قانون الحرب — منها في قانون السلام . ويتضح لنا من العرض الوجيز الذى أقدمه للظاهرتين السالفتين أن النظرية الإسلامية تشق طريقها بقدرة ثابتة نحو التفرقة بين الانفصال المنشود والانفصال المردود كما قلت .

كذلك من بين الحقوق التى يمارسها الشعب — أو الأمة — الحق فى ممارسة سيادة دائمة على ثرواته وموارده الطبيعية ، وهذا ماأتناوله بكلمة بعد المعالجة الموجزة لأحكام النظرية الإسلامية فى الردة والبعى .

وأبدأ بالكلام عن الردة والبعى نقلاً عن أبى يعلى محمد بن الحسين الفراء (الأحكام السلطانية ، القاهرة ، ١٣٥٧ ، ص ٣٥ — ٤١) .

أ — قتال أهل الردة :

أى قتال قوم حكم باسلامهم ثم ارتدوا عن الإسلام وهؤلاء قال فيهم رسول الله « من بدل دينه فاقتلوه » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بثلاث : كفر بعد إيمان أو زناً بعد احصان أو قتل نفس بغير نفس » .

وحكم هؤلاء إن كانوا فى قدرة المسلمين لقلة عددهم ولأنهم لم يتحيزوا بدار يتميزون بها عن المسلمين فلا حاجة إلى قتالهم فإن تابوا قبلت توبتهم ، ولايجوز اقرار المرتد على رده بجزية ولاعهد ولاتوكل ذبيحته ولاتنكح منهم امرأة . واختلف فى قتلهم هل يعجل فى الحال أم يؤجلون فيه ثلاثة أيام . والحق أن هذا الفرض لايجوز عن كونه جريمة يرتكبها من تمتد إليه الولاية الشخصية للدولة فيعاقب بالعقوبة الجنائية التى ينص عليها القانون .

وهو يذلل فى صلته بالقانون الدولى ادخل فى القانون الانسانوى منه فى

القانون الانساني . أما إذا انحازوا إلى أرض ينفردون بها عن المسلمين حتى يصيروا فيها ممتنعين أو في قول آخر إذا أصبحوا حكومة واقع تمارس سلطاناً على جزء من الإقليم فيجب قتالهم على الردة ويجرى على قتالهم بعد الانذار والإعذار حكم قتال أهل الحرب مع فروق عدة :

أحدها : أنه لا يجوز أن يصلحوا على مال يقرون به في ديارهم ويجوز أن يهادن أهل الحرب .

الثاني : أنه لا يجوز أن يسترقوا ولا أن تسبى نساؤهم (على خلاف بين الفقهاء) ويجوز أن يسترق أهل الحرب وتسبى نساؤهم .

الثالث : أنه لا يملك الغنمون أموالهم ويملكون ماغنموه من أهل الحرب .

ويدخل في حكم المرتدين ويعاملون معاملتهم في القتال بما أسلفت من أحكام القوم الذين يمتنعون عن أداء الزكاة إلى الامام العادل جاحدين بها . وتلك هي فتوى أبي بكر وصحابة الرسول ﷺ التي كانت مبرراً لحروب الردة ولي عليها تحفظ أبدي في حينه .

ب - قتال أهل البغي والخوارج :

- وهم الذين يخرجون على الامام ويخالفون الجماعة وينفردون بمذهب . ابتدعوه . والخوارج وإن كانوا أهل بغي فإنما يقصد بهم في التاريخ الإسلامي من فارقوا علياً بن أبي طالب وخرجوا عليه عندما قبل التحكيم مع معاوية ونزلوا في مكان يقال له حروراء ومن ثم قيل لهم الحرورية ، وكان كبيرهم عبد الله بن الكواء اليشكري وشيت التميمي . وقد عرض منهم قوم لعلي وهو يخطب على منبره وتنادوا « لاحكم إلا الله تعالى » فقال علي « كلمة حق أريد بها باطل ، لكم علينا ثلاث : لا تمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله . ولا نبذوكم بقتال ولا تمنعكم الفئء مادامت أيديكم معنا » .

وحكم هؤلاء إن تظاهروا وهم على اختلاطهم بأهل العدل (أى باقى الشعب) أن يوضح لهم الإمام فساد ما اعتقدوا وبطلان ما ابتدعوا ليرجعوا عنه إلى اعتقاد الحق ومرافقة الجماعة . ويجوز للإمام أن يعزر من تظاهر منهم بالفساد أدباً وزجراً ولا يتجاوز ذلك إلى قتل أو جلد . والوضع هنا أقرب مايكون إلى أحزاب المعارضة فإن حرية الرأى مكفولة لهم ماداموا لا يقربون المعارضة بأعمال عنف أو يدعموها بالقوة فإن هم فعلوا ذلك كان للإمام — أى ولي الأمر — أن يعزرهم . وهذا أيضاً فرض لاعلاقة له بالقانون الدولى الإنسانى ، ولا يتغير هنا الحكم حتى ولو اعتزلت تلك الفئة الباغية أهل العدل وتميزت بدار تميزت فيها عن مخالطة الجماعة — أى أنهم لا يحاربون مآقاموا على الطاعة وأدوا ما عليهم من حقوق ، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج بالنهروان علماً فول عليهم عاملاً أقاموا على طاعته زماناً إلى أن قتلوه وخرجوا على الطاعة ومنعوا ما عليهم من حقوق . ولكن الحكم يختلف إذا خرجت الفئة الباغية على الامام .

ذلك أن المروق عن طاعة الامام — سواء تجمع أصحابه تحت إمرة زعيم لهم أم لا — هو نوع من الحرب الأهلية تقتضى محاربتهم طواعية لقوله عز وجل : « وإن فئتان من المؤمنين اقتتلا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفتىء إلى أمر الله ، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين » (الحجرات / ٩) . والبغى المقصود هنا قد يكون بالتعدى فى القتال وقد يكون بالعدول عن الصلح . ويخالف قتالهم قتال المشركين والمرتدين من ثمانية أوجه :

١ — أن يقصد بالقتال ردعهم ولا يعتمد به قتلهم ويجوز أن يعتمد قتل المشركين والمرتدين .

٢ — مقاتلتهم مقبلين والكف عنهم مدبرين . ويجوز قتال أهل الردة والحرب مقبلين ومدبرين .

٣ — ألا يجهز على جريحهم وإن جاز الاجهاز على جرحى المشركين والمرتدين (على تفصيل أتركه) . وقد أمر على بن أبى طالب مناديه أن

ينادى يوم معركة الجمل : ألا لا يتبع مدبر ولا يذفف على جريح (أذف الجريح أسرع قتله وأجهز عليه) .

٤ — لا يقتل أسراهم وإن قتل أسرى المشركين والمرتدين (على خلاف أثره) .

ويعتبر أحوال من فى الأسر منهم فمن أمنت رجعتة إلى القتال أطلق ، ومن لم تؤمن منه الرجعة حبس إلى انجلاء الحرب ثم يطلق ولم يجز أن يحبس بعدها . أطلق الحجاج أسيراً من أصحاب قطرى بن الفجاءة لمعرفة كانت بينهما فقال له قطرى عد إلى قتال عدو الله الحجاج فقال هيات غل يداً مطلقها واسترق رقبة معتقها .

٥ — لا تغنم أموالهم ولا تسبى ذراريتهم . قال الرسول « منعت دار الإسلام مافيا وأباحت دار الشرك مافيا » ودار البغاة دار اسلام .

٦ — لا يستعان لقتالهم بمشرك معاهد ولا ذمى وإن جاز أن يستعان بهم فى قتال أهل الحرب والردة .

٧ — لا يهادنهم الامام إلى مدة ولا يوادعهم على مال فإن هادنهم إلى مدة لم يلزمه فإن ضعف عن قتالهم انتظر بهم القوة عليهم وإن وادعهم على مال بطلت المودة ونظر فى المال فإن كان من صدقاتهم أو من فيئهم لم يرده عليهم وصرف الصدقات فى أهلها والفيء فى مستحقه وإن كان من خالص أموالهم لم يجز أن يملكه عليهم ووجب رده اليهم .

٨ — لا ينصب عليهم العرارات (والعرارة آلة من آلات الحرب وهى منجنيق صغير) . ولا تحرق عليهم المساكن ولا يقطع عليهم النخيل والأشجار لأنها كما قلت دار اسلام وإن بغى أهلها فإن أحاطوا بأهل العدل (أى جيوش الدولة والمدنيين فيها) وخاف أهل العدل منهم الابداء جاز أن يدفعوا عن أنفسهم ما استطاعوا بالوسائل الفعالة للدفاع فإن المسلم إذا أريدت نفسه جاز له الدفع عنها بقتل من ارادها إذا كان لا يندفع بغير القتل ، وهذا تطبيق منطقي لحق الدفاع الشرعى .

ويختلف الرأى حول جواز الاستعانة وندوا بهم وسلاحهم فى قتالهم بين مانع ومجيز .

وأهل البغى والخوارج — كما أسلفت — يقابلون من تتكلم عنهم المادة الثالثة المشتركة فى اتفاقيات جنيف واورد نصها على سبيل المقارنة :

« فى حال قيام اشتباك مسلح ليست له صفة دولية فى أراضى أحد الأطراف السامية المتعاقدين ، يتعين على كل طرف فى النزاع أن يطبق — كحد أدنى — الأحكام الآتية :

١ — الأشخاص الذين ليس لهم دور ايجابى فى الأعمال العدائية بما فيهم افراد القوات المسلحة الذين سلموا سلاحهم وأبعدوا عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الأسر أو أى سبب آخر ، يعاملون فى جميع الأحوال معاملة انسانية دون أن يكون للعنصر أو اللون أو الدين أو الجنس أو النسب أو الثروة أو ماشابه ذلك أى تأثير سىء على هذه المعاملة .

ولهذا الغرض تعتبر الأعمال الآتية محظورة . وتبقى معتبرة كذلك فى أى وقت وفى أى مكان بالنسبة للأشخاص المذكورين أعلاه .

أ — أعمال العنف ضد الحياة والشخص وعلى الأخص القتل بكل أنواعه وقطع الأعضاء والمعاملة القاسية والتعذيب .

ب — أخذ الرهائن .

ج — الاعتداء على الكرامة الشخصية وعلى الأخص التحقير والمعاملة المزرية .

د — اصدار أحكام وتنفيذ عقوبات دون محاكمة سابقة أمام محكمة عدل قانونية تكفل جميع الضمانات القضائية التى تعتبر فى نظر الشعوب المتخذة لامندوحة عنها .

٢ — يجمع الجرحى والمرضى ويعتنى بهم ..

وقد قيض الله لهذه الفئة لحقاً هو اللحق (البروتوكول) الثانى من اللحقين الذين تمخض عنهما مؤتمر جنيف لتطوير القانون الإنسانى فى ١٩٧٦ . وقد تعثر هذا اللحق إلى حد يسمح للمرء بأن يقول فى ثقة إنه ولد موؤداً على الرغم من تواضع أحكامه وتخاذل ضماناته . ويشترك اللحق ذاك مع المادة التى أسلفت نصها فى أنه يقصر ضماناته الأساسية على من لا يقوم بدور إيجابى فى الأعمال العدوانية ومعهم الجرحى والمرضى والغرقى ، ويقدم لهؤلاء ضمانات لا تخرج فى تفصيلها عما عممته المادة الآتية الذكر . ويضيف إلى ذلك بشأن وسائل وطرائق القتال ما يمنع الضرر ويحرم الغش ولا يسمح بجرمان الأحياء من حق الاستجارة ويضع مبادئ لحماية المدنيين والشعب المدنى والأطفال — وما جاء فى هذه الحماية وتلك الضمانات هو بعض ما جاء فى أحكام النزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية ولذا أكتفى هنا بالإشارة إلى أن أوضح فيما بعد العبارة .

ولنا أن نقارن هذا بما قاله على بن أبى طالب لجنوده فى حربته مع معاوية فقد أمرهم بالآتى :

« إذا هزمتهم فلا تقتلوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح ولا تكشفوا عورة ولا تمسوا بقتيل ولا تهتكوا ستراً ولا تدخلوا داراً إلا باذن ولا تأخذوا من أموالهم شيئاً ولا تعذبوا النساء بأذى وإن شتمنكم وشتمن امراءكم واذكروا الله لعلمكم ترحمون » ..

وجلى مما قدمت أن التنظيم الخاص بالنزاع العسكرى الذى ليست له طبيعة دولية يسعى على استحياء فهو دون الضمانات التى جاءت بها أحكام النزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية بكثير بل إن الفلسفة من وراء تجزئة أحكام تطوير القانون الإنسانى إلى لحقين إنما قامت على الضن على النزاع المسلح ذى الطبيعة غير الدولية بالضمانات ذاتها المقررة للنزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية . أما النظرية الإسلامية فتقف على النقيض إذ تنظر إلى الاشتباك المسلح مع البغاة والخوارج نظرة حانية وتضمن لهم من القواعد والكفالات ما بخلت به على النزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية مع المشركين والمرتلين .

٢ - الحق في السيادة على الموارد الطبيعية :

بد هي أن الدولة وهي الحاكمة لكل ما على إقليمها من أشخاص وأموال أن تكون هي صاحبة الحق المطلق فيما يوجد باقليمها من موارد طبيعية ولكن الذى نسعى إليه هنا هو حق الشعب - قبل أن يصبح دولة - فى تلك الموارد . وقد دعى إلى تقرير ذلك الحق للشعوب خشية أن يسوء المستعمر استغلال تلك الموارد أو أن يدعى أنه هو صاحب الحق المانع فيها . ولذا رؤى من قبيل تحجيم الاستعمار وتصفيته أن يتقرر ذلك الحق للشعب مباشرة ليستبقى لذاته تلك الثروات إلى أن يصبح قادرا على الانتفاع بها .

لقد تبنت الامم المتحدة - فى دورتها السابعة والعشرين - تصريحاً يتعلق بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية يؤكد حق الشعوب والدول فى سيادتها الدائمة على الموارد الطبيعية . ولكنه قيد هذا الحق بقيود أربعة هى أنه :

١ - إذا أمت الدولة مواردها الطبيعية فيجب أن تدفع ماقبلاً لما تأخذ بطريق مشروع من حقوق وأموال .

٢ - يدفع المقابل بما يتفق والمعايير الدولية .

٣ - تتمتع اتفاقات الاستثمار التى تبرم بين الدول والاطراف الخاصين بقوة ملزمة .

٤ - يحترم الاتفاق بين الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم ويكون ملزماً لهما .

والحق بهذه المواصفات ليس واضحاً فى النظرية الإسلامية ولكننا نستطيع أن نستلهمه من بعض الآيات القرآنية وأن نقرره أخذاً بالمصالح المرسله من حيث أن الشعب الذى تقرر له هذا الحق لا بد أن يكون شعباً مسلماً يرزح تحت نير استعمارى غير اسلامى أو شعباً كُتايياً يئن تحت سيطرة استعمار ملحد أو مشرك .

ومما اورده هنا قوله عز وجل « لا تمدن عينيك إلى مامتنعا به أزواجاً منهم » (الحجر / ٨٨) . فالخطاب هنا وإن كان موجهاً للرسول إلا أنه يرسى مبدأ عاماً . ويروى أن سبع قوافل أتت فى يوم واحد من بصرى وأزرعات إلى يهود

بنى قريظة وبنى النضير فقال المسلمون : لو كانت لنا لأنفقناها في سبيل الله ، ولذا نزلت الآية . يؤيد هذا قوله تعالى « أن تكون أمة هي أرى من أمة » (النحل / ٩٢) ، وإذن فسنة الله اقتضت أن نناووت الاقوام في الثراء والفاقر يكون ذلك التفاوت مدعاة لان تطمع امة في ثروة أمة أخرى . ولذا فإنى أرى أن عموميات هذا الحق كما استقرت في القانون الدولى — يمكن أن تقبل ضمن أحكام النظرية الإسلامية في قانون السلام . وذلك تطبيقا من تطبيقات فكرة امكانية تكامل الفكرين — الدولى الإسلامى والغربى — التى ألحت إليها في بدايات هذه الدراسة .

القانون الانسانوى :

لقد نشأت فكرة حقوق الإنسان — أو القانون الانسانوى — أول ما نشأت بالنسبة للفرد داخل الدولة كشعار يثور على الظلم والعدوان . ولذا يؤيد صلابة تلك الحقوق ووصفوها بأنها حقوق طبيعية قضت بها الفطرة وعمت البسيطة . ثم أطل القرن التاسع العشر باتجاهات الثورة الفرنسية التى آمنت بان شعارات الاخوة والمساواة لها معناها الدولى وأنها تبعاً يجب أن تلقى قبولا دوليا . وقد برزت الاهتمامات الدولية الاولى بالفرد في نطاق ما يجب له من حماية قبل الدولة التى يقيم على اقليمها وهذه هى التى يقابلها في الإسلام نظام « الامان » ، إذا كانت الاقامة مؤقتة « والذمة » إذا كانت دائمة . وقبض الله لهذا الاتجاه العالمى نحو حماية حقوق الفرد ركيزة دائمة مستقلة بعد الحرب العالمية الأولى في قيام منتظم العمل الدولى ثم راح بعد الحرب العالمية الثانية يستحدث حقوقا تحفظ للإنسان كرامته وتكرم نصرته .

وقد نبتت في السنوات الاخيرة دراسة جديدة تتصل بحقوق الجماعات أو الشعوب ولذا فإنهم يسمونها بحقوق « الجيل الثالث » أو « حقوق التعاضد » ، ومعظم هذه الحقوق مدركات لازالت بتحسس طريقها إلى الاستقرار ولما تصبح ملزمة . وإذن فالقانون الانسانوى يهتم بالإنسان كفرد طبيعى كما يهتم بالمجموعات البشرية ، أى أنه يعالج حقوق الإنسان في فرديته وجماعيته .

ومن ثم فإن للقانون الانسانوى شعبتين الآن :

(١) حقوق الإنسان .

(٢) حقوق الشعوب . واتناول كلا من الشعبتين بكلمة على حدة .

حقوق الإنسان :

تهيأت الجماعة الدولية — لاسيما بعد قيام الامم المتحدة — لاحتلال الفرد مكانة واضحة فى الحياة الدولية وحمايته ضد العنف والجور . وسجل هذا الاتجاه الإنسانى الثانى فى موثيق عدة ، كما تأكد بعضه فى اعراف دولية .

إن حقوق الإنسان — التى سلكت دربا طويلا عبر تاريخ ممتد — قد أصبحت تتجمع اليوم — فى رافدين هما :

(١) الحقوق التى تضمن للفرد أن يعيش دون تدخل فى حياته الخاصة وتوفر له حياة رغدة بعيدة عن تلصص السلطات العامة مادام أنه لا ينال الغير بضرر .

(٢) الحقوق التى تسمح للفرد بأن يسأل الدولة أن تنتصف له ممن يغالبه لاسيما فى المجالات الاقتصادية والاجتماعية .

والطريف أن هناك اتجاه اليوم إلى اطلاق مسمى « الجيل الأول » « والجيل الثانى » على التوالى على تلك الحقوق .

والحق أنه على الرغم من التعدد فى الاجراءات والمواثيق التى تحمى حقوق الإنسان فإن الإنسان هو الإنسان فى كل زمان ومكان وحماية حقوقه الطبيعية لا تختلف باختلاف المقومات والبقاع . وتبعا فإنى لا أتوقع أن يكون هناك خلاف جذرى بين النظرة الغربية الصادقة إلى حقوق الإنسان وبين سابقتها النظرة الإسلامية إلى تلك الحقوق .

والتقسمة الرئيسة لتلك الحقوق والحريات هى تقسمتها إلى : حقوق مدنية وسياسية ، وحقوق اقتصادية واجتماعية وثقافية . وهناك تقسمات أخرى لتلك الحقوق والحريات لعل أطرافها هو تقسمتها إلى حقوق باهظة التكاليف وحقوق

بلا تكاليف، والمثل يوضح ما أقول. فحق الإنسان مثلاً في محاكمة عادلة يتطلب من الدولة إقامة المحاكم وتزويدها بالقضاة وأعضاء النيابة وتوفير القوات اللازمة لضمان تنفيذ الأحكام جبراً. بيد أن الذى يجب أنؤكد أنه من الخطورة بمكان أن نحاول ترجيح حقوق على الأخرى كما تحاول الدول أن تفعل اليوم فالدول الاشتراكية تريد أن تعطى العلوية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويسخر الغربيون من ذلك فيقولون إن حقوق الإنسان تبدأ بعد وجبة الإفطار ولذا تركز الدول الغربية أولاً على الحقوق المدنية والسياسية. ويسخر الاشتراكيون بدورهم من ذلك فيقولون إن حقوق الإنسان تبدأ عند مركز الشرطة. وربما كان هذا من وراء صدور عهدين دوليين أحدهما للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والآخر للحقوق المدنية والسياسية بغية وضع الفئتين من الحقوق على قدم المساواة.

وإذا أردنا تعداد ما للإنسان من حقوق وحرىات فى عصرنا هذا فقد نصل إلى أربعين أو خمسين حقاً وحرية. اننى إذا القيت نظرة جامعة على الوثائق الدولية التسع — ميثاق الأمم المتحدة، الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية، العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، العهد الأوروبى، والميثاق الاشتراكى الأوروبى، والإعلان الأمريكى والعهد الأمريكى، والميثاق الأفريقى — فإن التعداد الشامل يجمع تلك الحقوق فيما نلى :

١ — الحريات المادية — حرية الذات والبدن، وهذه تشمل الحقوق والحريات المادية مثل حق الإنسان فى الحياة وحقه فى الحرية والأمان والحركة والملجأ ضد العنف والجور.

٢ — الأمن الغذائى والصحى والأسروى، وذلك بضمان مستوى معين من الحياة للفرد وتوفير الرعاية الصحية له وتشجيع الزواج والأمومة وحماية الطفولة.

٣ — الحق فى العمل والدخل والملكية بتأمين حق الإنسان فى العمل وحرية اختيار عمله وتبعاً تحريره من الاسترقاق والعبودية والسخرة وتأكيد

ظروف ملائمة للعمل والاجر ، وحقه في الراحة والتأمين الاجتماعى
والرفاهية والملكية .

٤ — الحق في القسطاس ، أى في أن يعامل بمقتضى القوانين العادلة
والاجراءات القانونية السليمة ومن ثم اقرار مبدأ المساواة امام القانون
والمحاكمة المتصفة وتأمين المتهم إلى أن يدان .

٥ — الحرية المعنوية ، اى حرية الفكر والضمير والعقيدة وتبادل المعلومات
والآراء والتعليم والتدريب وحماية خصوصياته وشرفه وسمعته .

٦ — حرية التجمع والعمل الجماعى وانشاء الجمعيات والنقابات .

(راجع Sieghart, Paul- The lawfull Rights of Mankind, Oxford,

New York, 1985, pp. 105- 168).

إن تلك الحقوق التى يفاخر بها الغرب اليوم كلها ويزيد عليها أوليات في النظرية
الإسلامية صاحبة الفضل في السبك والحبك . وهاكم البيان مرتبا على توافق مع
التعداد الذى أسلفت . وأود قبل أن استعرض حقوق الإنسان في النظرية
الإسلامية أن اقول إن دفاع المسلم عن تلك الحقوق يعتبر — في المفهوم
الإسلامى — حقا شرعيا وواجبا عقائديا فالرسول ﷺ يقول « من قاتل دون ماله
فهو شهيد ، ومن قاتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قاتل دون عرضه فهو شهيد ،
ومن قاتل دون مظلمة فهو شهيد » ، بل قرر الإسلام حقوقا ايجابية للمسلم على
أخيه المسلم « المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا » .

الحريات المادية (حرية الذات والبدن) :

لنا أن نقارن هنا بين عبارات الوثائق التسع وبين الحديث الشريف « كل
المسلم على المسلم جرام : عرضه وماله ودمه » ، وليس أروع — في تقديس حق
الإنسان في الحياة — من قوله عز وجل « من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل أنه
من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها
فكأنما أحيا الناس جميعا » (المائدة / ٣٢) . وقوله تعالى « ومن يقتل مؤمنا

متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما «
(النساء / ٩٢ — ٩٣) .

وصدقت حكمة الله « ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم
تتقون » (البقرة / ١٧٩) .

ويقول الرسول ﷺ في أمان المسلم « المسلم من سلم الناس من يده
ولسانه » . ويؤكد ﷺ أن المرء لا يؤمن حتى يأمن جاره بوائقه .

وقد جعل الإسلام الهجرة حقا لمن اضطهد وواجبا عليه في الوقت ذاته « إن
الذين توفاهم الملائكة ظالمى انفسهم قالوا فيما كنتم قالوا كنا مستضعفين في
الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها أولئك مأواهم جهنم وساءت
مصيرا إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون
سبيلا فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا . ومن يهاجر في سبيل
الله يجد في الأرض مزاغما كثيرا وسعة ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله
ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله وكان الله غفورا رحيفا » (النساء / ٩٧ —
١٠٠) .

وإذا كانت الهجرة واجبة على المضطر فراراً بدينه وعقيدته فإن الإيواء واجب
على القادر فردا كان أو جماعة أو دولة « والذين تبوأوا الدار والإيمان من قبلهم
يحبون من هاجر اليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على انفسهم
ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون » . (الحشر /
٩) . ويجعل هذا الحق « للفقراء والمهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم وأموالهم
يبتغون فضلا من الله ورضوانا » (الحشر / ٨) .

وقد قرر الإسلام لذلك حق الجوار للمستجير ولو كان كافرا بل ومحاربا « وإن
أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » (التوبة
/ ٦) . ويظل هذا اللجوء المستجير آمنا حتى يرجع إلى بلاده ويبلغ مأمنه .

٢ — الامن الحياتى (تأمين حاجيات الإنسان) :

فالإسلام يفرض على الدولة أن توفر للمسلم حد الكفاية وليس حد الكفاف .
ومن هنا يفرض الإسلام فى مصارف الزكاة اعطاء الغارمين ، والغارمون أقسام فمنهم من تحمل حمالة أو ضمن ديناً فلزمه فأحجت بماله أو غرم فى أداء دينه أو فى معصية ثم تاب ، كما جعل القرآن من مصارف الزكاة اعطاء الفقير والمسكين . وفى الحديث الشريف « ايما عرضة بات فيها امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله » ويقول تعالى « وفى اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (الذاريات / ١٩) وكذلك « ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا » (الإنسان / ٨) .

أما عن الصحة فقد امر الإسلام بالنظافة وكانت الطهارة من صفات المؤمنين وشرطا للصلاة . وفى الحديث « ماملاً ابن آدم وعاء قط شرامن بطنه » وقد امر الرسول بالتداوى عند المرض وعيادة المرضى ، وتعددت المستشفيات التى بناها الحكام المسلمون وضمت الاقسام العلاجية المختلفة والصيدليات ، كما أن للعريان الحق فى الحصول على كساء ، وعلينا أن نقدم للجريح المريض وسائل العلاج والدواء دون اعتبار لكونه عدواً أم صديقاً . ويقول الرسول « إن لبدنك عليك حقاً » . ويهتم بالعلاج ويروى عنه أنه قال ، « الشفاء فى ثلاثة شربة ماء أو شرطة مبضع أو كية نار » . وهذا رمز لطرق العلاج المختلفة .

وقد بلغ من تشجيع الزواج أن كانت الدولة الاموية فى عهد عمر بن عبد العزيز هى التى تدفع المهر لمن لا يستطيع دفعه « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » ، (الروم / ١١) . « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » (البقرة / ٢٢٩) .

وتتجلى نظرة الإسلام فى صلة التربية الاسروية بالاصلاح الاجتماعى فى الآية الكريمة « والذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قررة أعين واجعلنا للمتقين اماما » (الفرقان / ٧٤) . وقد روى الواقدي باسناده « أمر عمر

فكتب إلى عمال أهل العوالى فكان يجرى عليهم القوت ثم كان عثمان فوسع عليهم فى القوت والكسوة . وكان عمر يفرض للنفس مائة درهم فإذا ترعرع بلغ به مائتى درهم فإذا بلغ زاده ، وكان إذا أتى باللقيط فرض له مائة وفرض له رزقا يأخذه وليه كل شهر بقدر ما يصلحه ثم ينقله من سنة إلى سنة وكان يوصى بهم خيرا أو يجعل رضاعهم ونفقتهم من بيت المال » . وروى البلاذرى عن ابن عمر « إن عمر كان لا يفرض للمولود حتى يفطم ثم نادى مناديه : ألا تعلموا أولادكم عن الفطام فانا نفرض لكل مولود فى الإسلام وقد مر رجل على الخليفة عثمان فسأله الخليفة عن عياله فقال عثمان : قد فرضنا لك وفرضنا لعيالك مائة مائة ... وكان عمر يفرض للمولود إذا ولد فى عشرة فاذا بلغ أن يفرض له الحق بالفريضة فلما كان معاوية فرض ذلك للعظيم فلما كان عبد الملك بن مروان قطع ذلك » (البلاذرى — فتوح البلدان ، تحقيق رضوان . محمد رضوان ، القاهرة ١٩٥٩ ، ص ٤٣٨ ، ٤٤٥) .

وقبل قرون اضطلع ولى الأمر بشئون القصر وتولى امورهم مباشرة إن لم يكن لهم ولى ومحاسبة اوليائهم وأوصيائهم إن توفروا . كما وفرت الشريعة الضمانات لحفظ حقوق اليتامى « وآتوا اليتامى أموالهم ولا تبدلوا الخبيث بالطيب ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوبا كبيرا » (النساء / ٢) .

٣ — الحق النفعى (العمل والدخل والملكية) :

يجعل الإسلام العمل حقا للإنسان وواجبا عليه حتى لا يكون عالة على المجتمع فالرسول يقول عن الشاب المجاهد القوى « إن كان خرج على ابوين له شيخين فهو فى سبيل الله ، وإن كان خرج على أولاد له صغار فهو فى سبيل الله ، وإن كان خرج يسعى على نفسه ليقيها السؤال فهو فى سبيل الله » . وكان من بيان القرآن الكريم فى معنى الفقر أنه عدم الحصول على العمل مع القدرة عليه « للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله لا يستطيعون ضربا فى الأرض » (البقرة / ٢٧٣) . « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (النساء / ٥٩) .

ويفرض الإسلام على الدولة أن تهيب العمل لمن كان قادرا عليه وأن تحمي حقوقه . و يروى أن الرسول ﷺ أعطى الرجل درهمين وقال له « كل بأحدهما واشتر بالآخر فأسا للعمل به » ولقد أوجب الغزالي في « الاحياء » على ولي الأمر أن يزود العامل بآلة العمل . وقد ذم القرآن الكريم غصب ثمره العمل « وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا » (الكهف / ٧٩) « ولا تبخسوا الناس اشيائهم ولا تفسدوا في الأرض بعد اصلاحها » (الاعراف / ٨٥) « وآتوا حقه يوم حصاده » (الانعام / ١٤١) .

وروى أن ابا عبيدة تحدث يوما مع عمر عن استعمال اصحاب الرسول فقال له « أما إن فعلت فاعنهم بالعمالة عن الخيانة » . وقد راعى عمر في فرض رواتب عماله الكفائية وأن تزهد على نفسه لأن الزهد تطوع لافرض « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه » (الملك / ١٥) . « ولقد مكناكم في الأرض وجعلنا لكم فيها معايش » (الاعراف / ١٠) . وقد ورد في الحديث الشريف « ما حققت من كسب عملك فهو أجر لك في موازينك يوم القيامة » ، وكان المحتسب يراقب سوق العمل ويراعى ألا تكلف امرأة أو صبي بما يجاوز طاقته . ويقول الرسول « إن الله يحب المؤمن المحترف » .

وتقرر الشريعة الغراء . حقوق الإنسان وحزياته في الكسب والتملك « للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن » (النساء / ٣٢) . ويقول تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (البقرة / ١٥٨) ، وكان للذمين نوع من التأمين الاجتماعى ضد الشيخوخة والمرض والفقر . وقد اعلن بخالد بن الوليد في معاهدة الصلح مع أهل الحيرة « وجعلت لهم ايما شيخ ضعيف عن العمل أو اصابته آفة من الآفات أو كان غنيا فافتقر وصار أهل الحرية يتصدقون عليه طرحت جزية وعيل من بيت المال المسلمين وعياله ما قاموا بدار الإسلام » . (اشتراكية الإسلام لمصطفى السباعى ص ١٣٦) .

٤ — القوانين العادلة

لاغرو أن تشرئب اعناق الناس إلى جو تسوده العدالة وتمحص فيه القضايا
تمحيصاً دليلاً النزاهة ورائده الحق فلا يعاقب برىء ولا ينجو مجرم « لقد أرسلنا
رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط » (الحديد /
٢٥) . « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن
تحكموا بالعدل » (النساء / ٥٨) .

كتب عمر بن الخطاب منشوراً للناس يقول فيه : « إني لم ابعث عمالي
ليضربوا جلودكم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه إلى لنقتص له .
فقال عمرو بن العاص : لو أن رجلاً أدب بعض رعيته أتقصه منه ؟ فقال عمر
« إني والذي نفسي بيده لأقصه منه وقد رأيت رسول الله ﷺ يقص من
نفسه » .

وقد آذى يهودى الرسول بلسانه ويده ولكن الرسول لم يأذن بترويعه .

وبلغ من عدالة قوانين الإسلام أن جعل النظرة المجردة داخل بيت الإنسان
اعتداء على حرية ، وقد أدب الرسول امته ألا تفعل هذا . عن أبي ذر قال قال
رسول الله ﷺ « أيما رجل كشف ستراً فأدخل بصره قبل أن يؤذن له فقد أتى
حداً لا يحل له أن يأتيه ، ولو أن رجلاً فقاً عينه بسبب ذلك لهدرت » . وقصة
عمر عندما تشور المنزل بعد أن استمع لضجيج السكارى ورآهم من ثقب
الباب فاراد حدهم فقالوا له ليقد خالفنا الله في واحدة وخالفته في ثلاث خالفناه
في شرب الخمر وتحسست أنت وتحسست وأتيت البيوت من غير أبوابها .

وروى عن النبي ﷺ أنه قال « من مشى مع مظلوم حتى يثبت له حقه
ثبت الله قدميه على الصراط يوم تزل الأقدام » وقد روى أبو عبيدة وغيره : لما
استخلف عمر بن العزيز وفد عليه قوم من سمرقند ودفعوا إليه أن قائده دخل
مدينتهم واسكنها المسلمين على غدر فكتب عمر إلى عامله يأمره أن ينصب لهم
قاضياً ينظر فيما ذكروا فان قضى باخراج المسلمين خرجوا فحكم القاضي باخراج

المسلمين على أن ينابذوهم على سواء فكره أهل سمرقند الحرب وأقروا المسلمين فأقاموا بين ظهرانيهم . (البلاذرى — فتوح البلدان ، المرجع السابق ، ص ٤١١) .

وقرر الأصوليون قاعدة البراءة الأصلية إعمالا لاستصحاب الحال فالأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره .

٢ — الشريات المعنوية :

يقرر الإسلام حرية الفكر والعقيدة في مبدأ عام « لا إكراه في الدين » (البقرة / ٦٥) . أما استخدام القوة في الإسلام فهو لأمرين ضروريين أولهما : جهاد الأعداء وثانيها حماية الأمن والنظام . وفي سبيل الدفاع عن حرية الفكر ضرب الإمام مالك حتى خلعت كتفه وسجن الإمام أبو حنيفة حتى مات في معتقله وحىء بالإمام الشافعى مغلا بالاصفاد والقيود ليقدم إلى النطع والجلاد وإن كان قد عفى عنه في اللحظة الأخيرة وكاد الإمام أحمد أن تزهق روحه من أجل فهم اقتنع به .

وقد وسعت الحرية في الإسلام اليهود والنصارى وغيرهم . والإيمان لا يتم ولايسى إيمانا الا اذا صدر عن عقيدة صافية وقناعة راضية ولذا يقول تعالى « ولو شاء ربك لآمن من فى الأرض جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين » (يونس / ٩٩) . وفى الهدى العظيم « إن الذين آمنوا والذين هادوا والنصارى والصابئون من آمن بالله و اليوم الآخر وعمل صالحا فلهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون » (المائدة / ٦٩) . « ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتى هى أحسن إلا الذين ظلموا منهم وقولوا آمنا بالذى أنزل إلينا وأنزل إليكم وإلحنا وإلحكم واحد ونحن له مسلمون » (العنكبوت / ٤٦) .

كذلك يحمى الإسلام حرية الرأى مادام أنها لا تتعرض لحقوق الغير . وحرية الاجتهاد صورة زاهرة من صور حرية الرأى . ويأمر القرآن الكريم بالتفكر فى الكون الذى خلق لإرتفاق الإنسان « وسخر لكم مافى السماوات ومافى الأرض جميعا منه إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون » (الجاثية / ١٣) .

وموقف على من الخوارج وحريتهم في المعارضة السلمية نموذج رائع لحرية الفكر والاعتقاد « وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر » (الكهف / ٢٩) .

« لي عملى ولكم عملكم أنتم بريئون مما أعمل وأنا برىء مما تعملون » (يونس / ٤٢) . كن مسيحيا أو يهوديا ولاكن لاتكن خصما للإسلام وأحذر أن يتجاوز انكارك للإسلام قوادك إلى الحياة الخارجية نزاعا مسلحا « وقل للذين أوتوا الكتاب والاميين أسلمتم فإن اسلموا فقد اهتدوا وإن تولوا فإنما عليك البلاغ والله بصير بالعباد » (آل عمران / ٢٠) . بيد أن الإسلام لايقر بداهة حرية الارتداد عن الإسلام لانه شذوذ منكر إذ لا مكان لتلك الحرية في مجتمع الإسلام وقد دخل الإسلام خداعا وخرج منه ضرارا .

٦ — حرية التجمع :

إن حرية الاجتماع هي النتيجة المنطقية لحرية التعبير وإذا كان الإسلام قد حث على الدعوة إلى الخير والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولما كان الناس لا بد أن تختلف تصوراتهم التفصيلية لمفاهيم « الخير » و « المعروف » و « المنكر » ، فإن المتحدين في النظرة يمكن أن تتشكل بينهم جماعة أو رابطة مصلحة . إن حق الجماعات في أن تختلف فيما بينها في وجهات النظر أو تتدافع حول المصالح ، وأن تنال حرية الاجتماع في المجتمع الإسلامى كان مشكلة طرح أمرها على على بن أبى طالب عند ظهور الخوارج فاعترف لهم بحرية الاجتماع وحدد موقفه منهم فقال : إن لكم علينا ثلاثة :

(١) لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله .

(٢) ولن نمنعكم الفىء مادامت ايديكم مع ايدينا .

(٣) ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا .

وقد كتب والى عمر بن عبد العزيز فى الموصل يستأذنه فى اسكان فئة مناوئة عرفت بأسم « حرورية الموصل » فأجاب قائلا « إذا أرادوا أن يسيحوا فى البلاد

في غير أذى لأهل الذمة وفي غير أذى للامة فليذهبوا حيث شاءوا . وإن نالوا أحدا من المسلمين أو من أهل الذمة فحاكمهم إلى الله » .

وقد بلغ من حرص الإسلام على تجمع اتباعه أنه حين شرع الهجرة جعل الانتقال إلى مركز التجمع الجديد وتدعيمه شرطا لتحقيق التضامن الإسلامي « إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله والذين آووا ونصرنا أولئك بعضهم أولياء بعض ، والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا » (الانفال / ٧٢) .

وحرة التجمع الإسلامي تعززه الصلاة الجامعة بالمسجد الذي هو مقر اجتماع المسلمين على أي أمر بجامع . وقد عرف أعداء الإسلام أهمية المسجد بالنسبة لجماعة المسلمين فحرصوا على تفرقة الصفوف باقامة مسجد الضرار الذي حرمه الرسول « والذين اتخذوا مسجدا ضرارا وكفرا وتفريقا بين المؤمنين وإرصادا لمن حارب الله ورسوله من قبل » (التوبة / ١٠٧) .

ولقد تميز في تاريخ الإسلام الأول « المهاجرون » و « الانصار » وقد ذكرهم الله آبا متميزين بعضهم عن البعض الآخر وإن جمعتهم أخوة الإيمان . والسابغون الذين من المهاجرين والانصار والذين اتبعوهم باحسان » (التوبة / ٩٩) .

بيد أن الإسلام لا يقر أن يكون التجمع ذريعة لتفريق المسلمين ومتابعة لأعداء الإسلام « يا أيها الذين آمنوا إن تطيعوا فريقا من الذين أوتوا الكتاب يردوكم بهدأيمانكم كافرين » (آل عمران / ١٠٠) ، ولذا حذر عمر من مغبة ذلك « باسمي أنكم تتخذون مجالس لا يجلس اثنان معا حتى يقال : من صحابة فلان من جلساء فلان ، حتى تحوميت المجالس ، وإيم الله إن هذا السريع في دينكم سريع في شرفكم سريع في ذات بينكم ولكأني بمن يأتي بعدكم يقول : هذا رأى فلان قد قسموا الإسلام أقساما . أفيضوا بمجالسكم بينكم وتجالسوا معا فإنه أدوم لنفعكم وأهيب لكم في الناس » (تاريخ الطبري ، المطبعة الحسينية ، القاهرة ، ج ٤ ، ص ٢٥ ، باب عمر وأقواله بعد خبر مقتله) .

والقارىء لبعض المراجع مثل خطط المقرئى فى شأن الجماعات الحرفية يجد أن تاريخ الإسلام عرف تجمعات مهنية لأصحاب الحرف اعترفت بها الدولة وتعاملت معها .

٣ — حقوق الاقليات (نظرية الذمة) :

تحديد وتعريف :

تعنى الذمة هنا العهد الذى يربط شروط اقامة غير المسلمين فى البلاد التى فتحها المسلمون وينظم ما يتمتعون به من حقوق عامة أو خاصة ، ولذا يسمى من يفيدون من هذا العهد بالذميّين أو اهل الذمة . ويطلق البعض على هؤلاء مسمى « أهل العهد أو المعاهدون » ولكن هذا المسمى يعيبه أنه : ذو معان متعددة يمكن أن تعمى مفهومه المقصود .

وقد جرت العادة أيام الحكم الإسلامى فى اسبانيا على أن يطلق على المسيحى لفظة « المعاهدة » ، أما « الذمى » فكان يشير إلى اليهود (Levi- Provençal. E. - Histoire de L'Espagne Musulmane, Tres Le Caire, 1944, T. I., P 56) كذلك كان يطلق على المسيحى مسميات أخرى مثل أعجم وأعجمى الذمة والنصرانى ولكن أكثر المسميات سريانا كانت « المستعرب » .

والذمة — بذاتها تعنى كما قدمت — العهد والامان والضمان والحماية وأقرب مقابل لها فى اللاتينية هى لفظة Fides وبالفرنسية Foi . والذمة التى نقصد اليها هنا — أخذنا من الفقه التقليدى — هى نظام أثمره الجهاد أى الحرب المقدسة حسب النظرية الإسلامية الكلاسيكية التى تقسم العالم إلى دارين أحدهما للسلام والاخرى للحرب . وفى هذه النظرية تعتبر دار الحرب وما عليها حقا مباحا للمسلمين ، فإذا دخلت دار الحرب أو جزء منها فى سلطان المسلمين اختلف مصير القوم حسب الطريقة التى استحوذ بها المسلمون عليها أكانت عنوة أم تسليما أم تركا . ومن ثم فقد واجهت تلك الفتوحات المسلمين بمشكلة كيفية معاملة من على الإقليم المفتوح من غير المسلمين ، فكان نظام الذمة حلا لبعض تلك المشكلات .

وهكذا نرى أن نظام الذمة يمثل مشكلة اقليمية وطنية أكثر منه مشكلة دينية .

ويندرج تحت اسم الذميين — كما أسلفت — اليهود والنصارى والمجوس والصابئة . والشعبيون ليسوا كفارا حيث سمح لهم أن يبقوا على دينهم . والقول عندى أن أهل الكتاب من غير اليهود والنصارى هم أدخل في الشرك معهم في أهل الكتاب وأن القرآن والحديث ارتفعا بهؤلاء إلى ما يعادل أهل الكتاب ، أو أهل الكتب السماوية المعروفة لنا . فنجد القرآن الكريم مثلاً يذكر الصابئين مع اليهود والنصارى كما في قوله تعالى « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئون والنصارى من آمن بالله واليوم الآخر » (المائدة / ٦٩) كذلك يورد الوحي السماوى اسم المجوس مع أهل الكتاب وغيرهم من المشركين — كما في الآية الكريمة « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئين والنصارى والمجوس والذين أشركوا إن الله يفصل بينهم يوم القيامة » (الحج / ١٧) .

والآن نذكر أن الحديث الشريف يمنع على المسلمين أن ينكحوا نساء المجوس أو أن يزناوا ذبيحتهم الأمر الذى يعنى أن من ألحق بالنصارى واليهود تحت مدلول « أهل الكتاب » أو « الذميين » لا يتماثلون تماماً — فى المعاملة — مع اليهود والنصارى (انظر Tor Andrae-Mohamet, sa via et sa doctrine, Paris, 1945, P. 98).

ونرى أيضاً أن أحد المؤتمرين فى المؤتمر الرابع لأكاديمية البحث الإسلامى الذى انعقد فى سبتمبر سنة ١٩٦٨ بالقاهرة وصف الاسرائيليين فى فلسطين المحتلة بأنهم ذميرن خانوا عهد الذمة فأعفونا بذلك من أن نحفظ عهدنا لهم . وهو يشير بذلك إلى حق إزالة الوجود الصهيونى وليس إلى نقض اليهود لالتزاماتهم وإلى أن تحرير فلسطين جهاد فى سبيل الله وهذا مانادى به رؤساء ثمان وثلاثين دولة — لم تكن مصر من بينها — فى مؤتمر القمة الثالث الذى عقد عن فلسطين والقدس (يناير سنة ١٩٨١) حيث أعلنوا الجهاد ضد اسرائيل . فضلاً على أن المادة الأولى من دستور منظمة التحرير الفلسطينية تؤكد على

الصفة العربية لفلسطين وأنها جزء لا يتجزأ من الوطن العربي الكبير وتحدد شروطا لمواطنة اليهود في فلسطين ، الأمر الذى يثير التساؤل حول الدعوة إلى انشاء دولة علمانية في فلسطين لاسيما وأن أحد القرارات التى صدرت عن اجتماع المجلس الوطنى الفلسطينى (القاهرة سنة ١٩٧١) يقضى باستعادة فلسطين بالجهاد . وتنعكس تلك الحقائق التى تمثل تغيرا في قيم المنطقة العربية على مفاهيم بعض المسئولين فنجد مثلا أن احمد بن بلا — رئيس عصبة حقوق المسلمين — يؤكد في تصريح له سنة ١٩٨٢ بأن هناك تطورا طرأ على العلاقة بين العربية والإسلام . وهو محق في ذلك لأننا نشهد اليوم انبعاث فكرة الأمة الإسلامية ولكن في صورة قومية عربية ونلاحظ تحول الذمة الإسلامية إلى ذمة عربية . ولذا فإن نظرة الكثيرين إلى اسرائيل الآن هى على أنها دولة ذمة تمثل توسعا سياسيا يناقض كما اسلفت ، التزامات الذمة .

والذمة كما اسلفت — هى عهد اى عقد بين المسلمين وغير المسلمين تحكمه قواعد عقد القانون الخاص ، ويرتبه ابن تيمه بعد عقد البيع والزواج والهبه (النووى — منهاج الطالبين ، ١٩٨٨٢ ، ص ٢٧٥) . ولكنه عقد له ذاتية ولذا لا يحرم من الذمة الا الفرد الذى ينتهك العقد . ثم إن العقد يقيم التزامات على الدولة الإسلامية والفرد المسلم ولذا يقارب بعض الباحثين بينه وبين العقد الذى كان يعرف عند الرومان باسم *deditio* الذى كان يرمز بين روما وبين المدينة المهزومة ويجعل من رعاياها ما يسمى *cleent* وهو وضع قرى من وضع الذمى . وتلك مقارنة ظالمة وإن كان يعذر بها أنها تستند إلى التصور المجحف الذى قال به بعض الفقهاء عن الذمة وهو تصور ناقشه فيما بعد . بيد أن هذا الاساس الوفاقى نسي مع الزمن وقت أن قويت شوكة الدولة الإسلامية وأناخ لها الدهر بكل كلكله فأصبحت نظاما يفرضه الامام الإسلامى بارادته ولم تعد عهداً يرم بشروطه . ولما كانت العهود هى الصورة الأولى لتنظيم اوضاع الذمى وعنها نقل الفقهاء أو بها اهتموا فيها انتهوا اليه من آراء فقد اختلفت نظرتهم وتباينت فكرتهم كما اختلفت تلك العهود في احكامها وتميزت كثير منها في نظامها .

سنة الرسول تصدر :

يستقى الأساس الأول لنظام الذمة من العهود التي اعطاها الرسول ﷺ إلى يهود ونداء ابن البزيرة وقد كان أهم تلك العهود بالنسبة لليهود هو عهد خبير وفدك «ما راليها» وأبرزها بالنسبة للمسيحيين هو عهد لنصارى نجران .
ويزعم البعض أن الرسول قد خلف بياناً يخاطب فيه كل الناس وأن الرسول «كتب هذا البيان لأهل نجران بقيادة السيد الغساني المسيحي» وقد سطر السجل إلى السيد بن حارث بن كعب وكل من يدينون بالمسيحية في الشرق والغرب القريين والبعيدين عرباً وغير عرب معروفين ومجهولين يعلن فيه حماية المسيحيين بعدتهم وعتادهم وحماية اشخاصهم ودور عبادتهم ويلتزم بأن يدفع عنهم كل مكروه ولا يحملهم عبثاً أو التزاماً وأن يضع المجاهدين من غزوهم أو اجبارهم على دفع ما لا يقبلون من ضرائب أو على اعتناق الإسلام جبراً ولا يتدخل في شئونهم الدينية وأن يمد المسلمون يد العون والمساعدة لمن يرتكب من المسيحيين جريئة أو مخالفة وأن يحمل الضحية على تسوية الأمر معه بالعفو أو الله كما بكرن على المسلمين أن يعينوا المسيحيين في ترميم دور عبادتهم أو إعادة بنائها . على ألا يحاربوا المسلمين ولا يظاهروا عدواً وأن يستضيفوا المسلم ثلاث ليالٍ وثلاثة أيام ويقدموا له الطعام خلال الضيافة مما يطعمون دون مقابل (Bar Hebraeus- Chron Ecel. Canonique Nestorienne de Seert, x III, pp. 600 sq.)

ومن شأن هذه نسخة من هذا العقد احداها في دير سانت كاترين (سيناء) وتنسب كتابتها إلى علي بن أبي طالب في يوم من السنة الثانية للهجرة وعليها توقيع اثنين وعشرين شاهداً من الصحابة (Bulletin de L'Institut Egyptien des Mardis de Dar al Salam, le Caire, 1952, p. 219)

ولكن البعض يزعم أن الأصل كتبه معاوية بن أبي سفيان بأمر الرسول كي يعطى عهداً للمسيحيين اليعوقيين (سيحو — عهود بني الإسلام والخلفاء الراشدين للنصارى في المشرق — بيروت ، ١٩٠٨ ، ص ٦١٦) .

وهناك نسخة أخرى في المكتبة القبطية بالقاهرة ولعلها الوثيقة الوحيدة في التاريخ الإسلامي الأول التي تحمل تاريخين أحدهما هجري (٣ محرم سنة ٢ هجري) والثاني ميلادي (أول اغسطس سنة ٦٢٢ ميلادي) . وهناك أيضا أصل آخر لدى بطريرك الارمن الكاثوليك بالقسطنطينية وقد نشرته مجلة المعارف في بيروت تحت عنوان « ليس للمسيحيين ما ينخشونه » فاثار ضجة كبرى في الرأي العام .

ويؤكد كثير من المستشرقين أن هذا العهد صحيح وأن نسبته للرسول سليمة ولذا عكفوا على دراسته وتحليله (انظر Sacy, S. De-memoire sur le droit de propriété territoriale en Egypte, Bibliothèque des Arabisants Français, I ere Seire, T. II, I. F. A. 'C., Le Caire, 1923.

ويذهب Ricant في كتابه Histoire de l'etat present de l'Empire Ottoman إلى أن هذا البيان قد وضع في وقت كانت الدولة الإسلامية لازالت ضعيفة وفي مرحلة النمو واشتداد الساق ولذا فقد قصد بهذا البيان دفع عدوان المسيحيين وتوقي بغضائهم .

والواقع أن هذا البيان اختلاق ولم يصدر عن الرسول ﷺ : وهذا قول أؤيده بالبراهين التالية :

١ — لم يعرف المسلمون التاريخ الهجري إلا في عهد عمر وتبعاً فإن ايراد تاريخ هجري على الوثيقة لا بد أن يقدح في سلامتها ثم إن الوثيقة حملت التاريخ الميلادي الأمر الذي يثير الشك قويا في مدى صدق وثيقة — تحمل تاريخين لا يتطابقان إذ أن التاريخ الهجري المدون عليها — وهو ٣ محرم سنة ٢ هـ يقابله في الحقيقة ٧ يوليو سنة ٦٢٣ .

٢ — لغة البيان لغة ركيكة وضعيفة على عكس لغة العصر المنسوب إليه عامة ولغة الرسول الذي أوتي جوامع الكلم خاصة .

٣ — نسب إلى معاوية أنه حرر بعض الأصول في سنة ٢ هـ في حين أن معاوية لم يدخل الإسلام إلا في السنة الثامنة للهجرة ، أما في السنة

الثانية للهجرة فكان لازال يقف وسط المحاربين للإسلام . كما أن ممن نسب إليهم التوقيع على البيان شاهداً كان قد قضى نحبه في التاريخ المذكور على الورقة .

٤ — لو أن هناك بياناً كهذا لكان أحق الناس بتطبيقه هم الخلفاء الراشدون وأولهم أبو بكر .

ومن ثم فاني استبعد هذه الوثيقة من بين الوثائق السليمة التي اعتمدها في اقتباس سنة الرسول حيال أهل الذمة . واغلب الظن أن الذي اختلق تلك الوثيقة قسيس نسطوري ولكن استبعادى لها لا يعنى معارضتى لكل ماجاء فيها وإنما استبعدتها حتى لا يكون هناك مجال — من حيث المبدأ — لان نقيم احكاما تستمد من وثائق قد دست على الإسلام . ومن ثم فإن سنة الرسول في خصوص أهل الذمة إنما تستمد من العهود التي اعطاها في مناسبات مختلفة لانااس بعينهم . وأول عهد أعطاه الرسول لأهل الكتاب خارج المدينة كان عهده ليهود خيبر سنة ٦٢٨ (أى العام الهجرى السابع) وخيبر واحة تقع على مبعدة ١٤٠ ك . م شمال غرب المدينة . واعطى العهد بعد أن سلمت خيبر إثر حصار دام شهراً ونصف الشهر فقد أبقى الرسول على حياتهم وأموالهم ولكنه فرض عليهم أن يدفعوا له نصف محصول مايزرعون . ويقول ابن سعد إن هذا يرجع إلى أن المسلمين لم يكونوا قد دربوا بعد على فلاحه الأرض وزراعتها . وقد طبقت الاحكام ذاتها في العهود التي كانت بين الرسول وبين مناطق تجاور خيبر وهى فدك ووادى القرى إلا أن وادى القرى تولى عليه وال مسلم . « عامل محمد يهود خيبر بغير ماعامل بنى قينقاع وبنى النضير حين أجلاهم عن أرضهم لانه آمن بسقوط خيبر بأس اليهود وأمن بانهم لن تقوم لهم بعد ذلك قائمة ابدا . ثم إن ماكان بخيبر من الحدائق والمزارع والنخيل كان يحتاج إلى الأيدى العاملة الكثيرة لاستغلاله وحسن القيام على زراعته ولئن كان انصار المدينة أهل زراعة فإن أرضهم كانت بحاجة إلى أذرعهم ، كما أن النبى كان بحاجة إلى جيوشه للحرب فهو لايرضى أن يتركها للزرع وقد كان من

احسان النبي معاملة يهود خيبر أنه كان من بين ماغنم المسلمون حين غزوها عدة صحائف من التوراة فطلب اليهود ردها فأمر النبي بتسليمها لهم ... ولما احب يهود الصلح أثناء محاصرة المسلمين اياهم في حصن الوليح والسلام بعث النبي الى أهل فذك كى يسلموا برسالته أو يسلموا أموالهم . ودفع في نفوس أهل فذك الرعب بعد الذى علموا من أمر خيبر فتصالحوا على نصف أموالهم من غير قتال . فكانت خيبر للمسلمين لانهم قاتلوا لاستخلاصها وكانت فذك خالصة لمحمد لان المسلمين لم يجلبوا على نجيل ولا ركاب .

وتجهز الرسول بعد ذلك كله للعودة إلى المدينة عن طريق وادى القرى فتجهز يهودها لقتال المسلمين وقاتلوا لكنهم اضطروا للاذعان والصلح كما صنعت خيبر . أما يهود تيماء فقبلوا الجزية من غير حرب ولاقتال » (محمد حسين هيكل — حياة محمد ، القاهرة ، ١٩٣٥ ، ص ٣٥٦ — ٣٦٠) .

وفى يهود خيبر نزل قوله عز وجل « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » (التوبة / ٢٩) . ويشور جدل فقهي كبير حول معنى الآية ، والمقصود من عبارة « عن يد وهم صاغرون » . فمن الفقهاء نفر كبير يقول إن الآية تستهدف اذلال اليهود — أو اهل الكتاب — بوضعهم في موضع الصغار . وقد اختلف هذا الفريق في كيفية امتهان كرامة أهل الكتاب . فنجد أن الشافعي يرى أن مجرد دفع الجزية فيه اذلال كاف لاهل الكتاب أما الزمخشري فيشترط في دفع الجزية أن يحملها الذمي بنفسه ويقدمها زاحفا وعندئذ يأخذه الجاني من رقبته ويقول له ادفع الجزية ايها الذمي ويضرب على عنقه . والحق أن المرء لا يملك أن يمسك نفسه من العجب عندما يقرأ آراء كهذه لاسماء لها مكانتها في الفكر الإسلامى . لان من يقول بمثل هذه الفعال الهمجية أو يتغنى بمثل تلك التصرفات اللا انسانية لابد أن يكون جاهلا بأبسط مبادئ أصول الدعوة الإسلامية وأوليات المبادئ الحنيفية السمحاء فاستبدت به غلظة الكبد وفضاظة القلب وقد نهى

عنها القرآن الكريم « ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك » ونسى أو تناسى الحكمة والموعظة الحسنة وهى سبيل الدعوة وجهل بأن الناس جميعا لآدم وآدم من تراب ولم يصل إلى علمه ما قاله الرسول عن كيفية معاملة أهل الكتاب . وإذا كان الرسول قد انكر على المسلمين أن يعرضوا يهود بنى نريظة — بعد أن حكم عليهم بالقتل — لحرارة الشمس فأمر بأن يحسن لمسلمون القتلة فكيف به يقبل من اتباع دينه أن يفعلوا بأهل الكتاب — وقد رتبوا معهم بعهد وموادة — مثل هذه الأفعال الشنعاء .

إن الآية الكريمة التى اثارَت الحماس المتعصب تتكلم عن حاد عن جادة الصواب فكفر بالله واليوم الآخر ولم يحرم ما حرم الله ورسوله وتنكب دين الحق ولكنها لم تفرض على أهل الكتاب اعتناق الإسلام . وتبعا فالامر بالقتال لا يشمل كل من اوتى الكتاب . وإنما الفريق منهم الذى تصدق عليه حيثيات الحكم التى جاءت فى صدر الآية وهذا قول يزكيه مفهوم الآية الكريمة « وليحكم أهل الانجيل بما أنزل الله فيه ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون » (المائدة / ٤٧) ، ومن قبلها يقول الكتاب الكريم « إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين اسلموا للذين هادوا والربانيون والاحبار بما استحفظوا من كتاب الله وكانوا عليه شهداء » (المائدة / ٤٤) . ويستفاد من هاتين الآيتين وآيات أخرى أن الطريق القويم الذى يتكلم عنه القرآن بالنسبة لأهل الكتاب مابقوا على كتابهم هو ما جاء فى الانجيل والتوراة .

وقد قلت فى أكثر من مناسبة إن ما أنزل فى كتب أهل الكتاب من توحيد الله وعدم الشرك به هو الأساس المشترك لعلاقة السلام بين الفريقين : المسلمين والكتايين . وإذن فالآية تأمر بقتال يفرض على أهل الكتاب أن يسلكوا الطريق المستقيم بمفهومه الذى اسلفت . ومن ثم فالآية لا تتجه إلى إذلال أهل الكتاب وإنما إلى ضبط سلوكهم ودليل ذلك أن دفع الجزية ربط بالقدره بقوة . ز و ر ب ل « عن يد » ولذا فإن صغارهم هنا يعنى تسليمهم الكلى والقضاء على مراضهم حتى لا يعطوا الفرصة لتكرار ما فعلوا من سلوك مشين .

انتقل بعد ذلك إلى عهد آخر اعطاه الرسول وهو عهده للبحرين التي اسلم اميرها المنذر بن ساوا وتحت حكمه يهود ومجوس . ويقضى العهد النبوى بأن يدفع هؤلاء الكتاييون جزية قدرها دينار للنفر الواحد بسعر صافر (وهى قبيلة فى اليمن) على ألا يأكل المسلمون ذبيحة المجوس ولا ينكحون نساءهم وكانت جزية أهل البحرين أول ضريبة تدخل بيت مال المسلمين وقد بلغت فى السنة العاشرة من الهجرة ثمانين ألف درهم .

أما فى تبوك فقد آثر الروم الانسحاب فلم ير الرسول محلاً لتبوعهم داخل بلادهم وأقام فترة عند الحدود وكان يوحنا بن رؤبة صاحب أيلة أحد الأمراء المقيمين على الحدود فتقدم بالطاعة وصالح محمداً وأعطاه الجزية . وهذا نص ما كتبه الرسول ليوحنا . « بسم الله الرحمن الرحيم . هذه أمانة من الله ومحمد النبى رسول الله ليوحنا بن رؤبة وأهل أيلة سفنهم وسيارتهم فى البر والبحر لهم ذمة الله ومحمد النبى ومن كان معهم من أهل الشام وأهل اليمن وأهل البحر . فمن أحدث منهم حدثاً فإنه لا يحول ماله دون نفسه وأنه طيب لمحمد أخذه من الناس ، وأنه لا يحل أن يمنعوا ماء يردونه ولا طريقاً يريدونه » من بر أو بحر « وقد فرضت جزية على أهل تبوك بمبلغ جزاى قدره ٢٠٠ دينار (ويقال إنها تعادل دينارا على الذكر الراشد) .

وكان عهد الرسول لنجران آخر ما أعطى من العهود (٦٣١ م / ١٠ هـ) ونجران فى اليمن وهى منطقة تتميز بالثراء وسكانها معظمهم من المسيحيين . وقد أقر الرسول أهلها على شروط اشترطها واشترطوا هم وكتب لهم عهداً هذا نصه : بسم الله الرحمن . هذا كتاب محمد النبى لأهل نجران إذ كان له عليهم حكمة ، فى كل ثمرة وصفراء أو بيضاء أو رفيق فافضل عليهم وترك ذلك كله على ألفى حلة من حلال الأواقى فى كل رجب .. ألف حلة وفى كل صفر ألف حلة ، وكل حلة اوقية فما زادت حلال الخراج أو نقصت عن الأواقى فبالحياب . فما قصوا من دروع أو خيل أو ركاب أو عرض أخذ منهم فبحساب .

وعليهم عارية ثلاثون درعا وثلاثون فرسا وثلاثون بعيرا إذا كان كيد بالسجن ومعة . وماهلك مما يعار رسل من درع أو خيل أو ركاب فهو ضمن على رسل حتى يؤدوه اليهم .

ولنجران وحاشيتهم جوار الله وذمة محمد على أموالهم وانفسهم وأرضهم وثلثهم وغائبهم وشاهدهم وعبادتهم ويعيهم (وملتهم) (وكل ماتحت ايديهم من قليل أو كثير) لا بغير اسقف من سقيفة ولا راهب من رهبانته ولا وافه من وفيهة (وليس عليهم ربية ولا دم جاهلية) ولا يحشرون ولا يعشرون ولا يبطأ أرضهم جيش . من يسأل منهم حقافينهم النصف غير ظالمين ولا مظلومين (بنجران) ومن أكل ربا من ذى قبل فذمتى منه بريئة ولا يؤخذ رجل بظلم آخر . وعلى ما في هذا الكتاب جوار الله وذمة محمد أبداً حتى يأتي الله بأمره فانصحوا واصلحوا ما عليهم غير منقلين بظلم » (نقلا عن الخراج لابي يوسف ، ١٩٨١ ، ص ١٥٧ - ١٦٠) وقد جاءوا الخلفاء الراشدين واحدا بعد الآخر فكان كل منهم يكتب لهم عهدا .

وقد اهتم الباحث الاب لامنس بتلك الوثيقة وأولاهها دراسة متعمقة خرج منها بأنها ليست عن خضوع فرضه الرسول ولكنه وفاق ابرم بين ندين وثم بالارادة الحرة لكليهما على قدم المساواة . وهو يلزم أهل نجران بأن يقدموا كل ستة أشهر ألفي قطعه من القماش مما تخرجه مصانعهم (وقد قدر ثمن القطعة درعاً للنزاع) . كذلك تحدد ما يجب أن يقدموه للمسلمين من سلاح وخيل ، وذلك بوصفهم حلفاء . ويضيف لامنس أن أهل نجران لم يكونوا من دافعي الذمة وإنما عليهم إذا طلب منهم أن يقوموا بتجهيز قوات المسلمين التي تعمل في اليمن ولكنهم يفعلون ذلك فرضا على المسلمين الوفاء به . ويقول ماسينيون إن عهد نجران قد سبق أو كان باعثة اقتراح بمباهلة (انظر Fattal, Antoine- Ic Statut Légal des non Musulmans en pays Islam, Beyrouth, 1959, pp. 24-26).

بعد الرسول (الخلافة الراشدة) :

واكبت العهود التي اعطيت للذمين بعد وفاة الرسول الفتوح الإسلامية

ولذلك فهناك عهود أعطيت في الجزيرة العربية لنصارى نجران وتغلب وعهود أعطيت في العراق وأخرى في سوريا وثالثة في بلاد فارس وأرمينية وأفريقيا وكذا اسبانيا ويضيق المقام عن تتبع هذه العهود لاسيما وأن تسلسلها التاريخي محل خلاف وجدل ونصوصها ليست محل اتفاق بين الباحثين ولعل مرجع ذلك أن العرب لم يكتبوا تاريخهم إلا في مرحلة متاخرة من فتوحاتهم وكان البلاذري وابن الحكم أول من كتب وكان ذلك في النصف الثالث الهجري .

كما أن الفقهاء لم يبدأوا جهودهم في تقنين نظام للذميين إلا في ذلك القرن الثالث .

ولذا فإنني ألخص هذا العصر بالاشارة إلى ثلاثة عهود :

١ — عهد عمر إلى بنى تغلب : وقصة تغلب — وهى قبيلة نصرانية عرف عنها الكبرياء والاباء — تحكى أن عبادة بن النعمان التغلبى قال لعمر بن الخطاب إن بنى تغلب من علمت شوكتهم وبأسهم ازاء العدو فإن ظاهروا عليك العدو واشتدت مؤنتهم فإن رأيت أن تعطيتهم شيئا فافعل فصالحهم عمر على ألا يعمدوا أحدا من اولادهم فى النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى أن يسقط الجزية عن رؤوسهم .

٢ — الصلح الذى تم مع الجراجمة^١ (٢٣٩ م / ١٨ هـ) وهم قوم عند انطاكية . وكانوا قد اتفقوا مع ابى عبيدة على أن يكونوا له مرشدين وجواسيس وأن يسهروا على حراسة الموانى . وعلى الزغم من أن الجراجمة لم يكونوا أوفياء تماما لعهدهم إلا أنهم كانوا محاربين أشاوس ولذا اعفوا من الجزية وكانوا يقتسمون الغنيمة مع المسلمين إذا حاربوا معهم . وظل هذا حالهم إلى خلافة المتوكل .

٣ — عهد عمر أو الشروط العمرية إن هذا العهد — أو الشروط — الذى ينسب إلى عمر بن الخطاب والذى تضمنته بعض المراجع القديمة — مثل الطرطونى وابن عساكر والسيوطى — يتلخص فيما يلى :

أ — منح الامان للذمى فى بلاد العرب . ب — عدم بناء كنائس أو أديرة أو دور عبادة جديدة وعدم اصلاح مايتهدم منها . ج — تقديم الضيافة لكل من يمر بهم من المسلمين مما قد يضرهم . د — عدم منح ملجأ لجاسوس وعدم اخفاء شىء عن المسلمين مما قد يضرهم . هـ — لا يعلمون القرآن لابنائهم ولا يجهرون بعباداتهم ولا يمنعون أقرباءهم من اعتناق الإسلام . و — توقير المسلمين والقيام احتراماً لهم عندما يجلسون ولا يلبسون مما يجعلهم يظهرون بمظهرهم سواء بارتداء القلنسوة أم العمامة أم الاحذية أم طريقة تصفيف الشعر ولا يكتبون بكنيتهم ولا ينقشون اختامهم بالحروف العربية ويربطون على وسطهم زناراً . ز — لا يبيعون خموراً ولا يظهرون صليبهم ولا كتبهم فى طرقات يطرقتها المسلمون ولا فى اسواقهم ولا يقرعون ناقوس كنائسهم ولا يرفعوا اصواتهم فى حضرة المسلمين ولا يسيرون بمواكبهم يوم الأحد أو فى الاعياد ولا يصيحون على اموالهم ولا يدفنون الموتى على مقربة من المسلمين ولا يكون لهم مطل على صوت المسلمين ولا يستخدمون الصيد شركة مع المسلمين .

ويقال إن هذه الشروط قد تضمنتها رسالة من عبد الرحمن بن جن إلى عمر بن الخطاب وأن عمر بن الخطاب قد صدقها بعد أن أضاف اليها شرطين :
أ — لا يجوز لهم شراء اسرى المسلمين .
ب — من يعتدى على مسلم عمدا يفقد ضمان العهد .

لقد اشار إلى هذا العهد كثير وإن اختلفت صيغته بينهم فمثلاً نجد أن النص الذى ورد فى ابن عساكر يتضمن حكماً يقول فيه إن الذميين سيدفعون الجزية عن يد وهم صاغرون . ويضيف ابن عساكر أن هذا العهد ليس إلا العهد الذى أعطاه ابو عبيدة لاهل دمشق وسوريا ... والطريف أن ابن عساكر ينسب إلى خالد بن الوليد عهداً آخر اعطاه للشام وهو يختلف فى كثير من نصوصه عن الشروط العمرية .

وأغلب الظن أن هذا العهد ليس له ظل من الحقيقة للاعتبارات التالية :
أ — اختلاف نصوص ذلك العهد في روايات الكتاب الذين أشاروا إليه
وأوردوه .

ب — أن الشروط العمرية — كما صورها المؤرخون المسلمون — هي شروط
رفعها المسيحيون في الشام إلى عمر وقد صدقها عمر — كما قلت —
بعد أن اُضيف إليها الشرطين سالفى الذكر . وأن المرء لا يملك إلا أن
يتساءل كيف أن قوما غلبوا على أمرهم يقترحون شروطاً بهذا التفصيل
يفرضون فيها على أنفسهم أحكاماً تذلهم وتقلل من قدرهم .

ج — لا تحمل الشروط اسم مدينة الأمر الذى يثير الدهشة بالنسبة لوثيقة
دبلوماسية بهذه الأهمية .

د — تأرجح الكتاب في نسبة هذه الشروط فهم أحياناً ينسبونها إلى عمر بن
الخطاب وأحياناً ينسبونها إلى ابى عبيدة وأحياناً أخرى إلى خالد بن
الوليد .

هـ — لم ترد فيما ذكره مؤرخو المغازى إشارة إلى تلك الوثيقة مع أنهم كانوا
حريصين على إيراد الوثائق بدقة .

و — أن التفصيل الذى جاءت به الشروط لا يتسق مع العقلية البسيطة
والصياغة غير المعقدة التى كان لازال العرب يسيرون عليها في عهد
عمر : ويصعب على المرء أن يتصور أن عمر بن الخطاب بما عرف عنه
من عدل وانصاف يفرض مثل هذه الشروط المجحفة على الذميين .

إن الأقرب إلى المنطق هو أن هذا العهد وضع في تاريخ لاحق ثم نسب إلى
عمر بن الخطاب . وهذا أيضاً هو ما يعتنقه كثير من المستشرقين . وربما كان
العهد قد صنع في عهد عمر بن عبد العزيز الذى عرف بتشدهد في معاملة
الذميين ثم نسب خطأ إلى عمر بن الخطاب (انظر انطوان فتال — المرجع
السابق ، من ص ٦٧ — ٦٨) .

ولكن الشروط العمرية تغنى في مناقشة ما قال به الفقهاء في احكام الذميين

لأنها تعبر عن كثير من وجهة النظر الفقهية التقليدية في هذا الخصوص ، ولذا فاني اكتفى بها في هذا المقام وأحيل إلى العهد النموذجي الذي اقترحه الشافعي .
انهاء عقد الذمة :

فإذا تابعنا الفكر الإسلامي التقليدي نجد أن الذمة تنتهي في أحوال تختلف حولها الفقهاء وإن اجتمعت كلها عند فكرة الإخلال بالعقد .

بد هي أن الذمة تنتهي عندما يخل الذمي بأحكامها ويقول الفقهاء إن تقرير ما إذا كان الذمي قد أخل بأحكام الذمة هي سلطة تقديرية للدولة الإسلامية .

ويرى ابن حنبل والمالكي بن القاسم أن عقد الذمة ينتهي بحكم القانون في الحالات التالية :

أ — إذا حمل الذمي السلاح ضد المسلمين أو انضم إلى دار الحرب . ب — إذا رفض الخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية والقضاء الإسلامي . ج — إذا امتنع عن دفع الجزية . د — إذا منح ملجأ لجاسوس أو مشرك أو ساعد أعداء المسلمين أو زودهم بمعلومات . هـ — إذا قتل عمدا مسلما أو مسلمة . و — إذا لم يوقر الله ورسوله وكتابه ودين الإسلام . ز — إذا ارتكب النحشاء مع مسلمة أو تزوجها . ح — إذا ارتكب جريمة قطع الطريق .

أما أبو حنيفة فيرى أن عهد الذمة لا يسقط إلا عند رفع السلاح . ويضيف الشافعي أيضا حالتى النكول عن الخضوع لأحكام الشريعة وقضائها أو دفع الجزية ، أما باقى ماأوردته أعلاه فلا ينهى عقد الذمة الا إذا ذكر ذلك صراحة في عهد الذمة .

وعند مالك لايجل عهد الذمة الا في حالة واحدة هي أن يرتكب الفحشاء مع مسلمة أو يتزوجها . ويرى مالك أن هناك شروط اضافية ينصح الامام بأن يفرضها على الذمي تلك هي :

أ — أن يميز نفسه في مظهره الخارجى . ب — ألا يرفع بناءه فوق بناء المسلمين . ج — ألا يقرع الناقوس أو يؤدى الصلاة بصوت عال أى مرتفع . د — ألا يبيع النبذ علناً أو يظهر صليبه أو يعرض الخنزير . هـ — أن يدفن موتاه سرّاً ولا يصيح باكياً عليهم . و — ألا يركب الخيل .

ويجذب الماوردى فرض تلك القيود ولكنه لا يرى أنها آمرة إلا اذا نص على ذلك صراحة فى عهد الذمة .

وحتى عند النص عليها فى العهد فإن مخالفتها لا تؤدى إلى انتهاء العهد وإنما يجبر الذميون بالقوة على احترامها ويعاقبون على مخالفتها .

ويذهب بعض الفقهاء — مثل ابن النقاش — إلى أن مخالفة أى من الشروط العمرية تؤدى إلى انقضاء الذمة . ويتغالى البعض — مثل الطبرى وابن تيمية — فيقولون إن الذمى لا يتمتع بالذمة إلا اذا كان المسلمون فى حاجة إلى خدماته فإن استغنوا عن تلك الخدمات كان للامام أن ينفيه كما نفى الرسول يهود المدينة وكان عهد الذمة عقد استغلال ينتهى بانتهاء ما يمكن أن يحققه من عائد .

ويقول ابو حنيفة إن الذمى الذى يخالف عقد الذمة يقتل وتسبى امرأته وأولاده . أما الشافعى وابن حنبل فيرون أن الذمى يصبح عندئذ حريباً ويكون الإمام بالخيار بين قتله أو استرقاقه أو طلب فدية له أو أن يمن عليه . أما مذهب الماوردى فهو أن الذمى لا يتعرض لتلك العقوبات إلا اذا حمل السلاح ضد المسلمين والا فانه ينفى من الارض الإسلامية ويعطى الامان حتى يصل إلى مأمنه الاقرب فى دار الحرب فإذا لم يغادر الأراضى رغبا فانه يجبر على مغادرتها رهبا .

وإذا أسلم الذمى اعفى نفسه من عقوبة القتل أما عقوبة الاسترقاق فلا يعفى منها الا إذا تم اسلامه قبل صدور الحكم عليه .

اختفاء نظام الذمة :

سقطت بيزنطة التي كان يطلق عليها كنانة الله في ٣٠ مايو سنة ١٤٥٣ في يد الاتراك بيد أن الغزاة أعطوا ذمتهم لبطريك القسطنطينية جريناديوس سكادريوس Grenadios Schdarius واحتسبوا المسيحيون بتلك الذمة . فلما كان عام ١٧٧٤ أبرمت تركيا معاهدة كيتشوك كاي نارجي مع روسيا وفيها أقرت تركيا لروسيا بأن تقوم روسيا بحماية رعايا الامبراطورية العثمانية من المسيحيين الارثوذكس .

والحق أن تلك المعاهدة كانت علامة خطيرة في تاريخ تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية داخل تركيا إذ بها بدأ نظام الذمة يمتزج بنظام الاجانب على الرغم من أن الامتيازات لم تقر لأية دولة أوروبية بحق حماية المسيحيين . وقد اختفى نظام الذمة كلية من الامبراطورية العثمانية بصدور خطي شريف كلخانة (١٨٣٩) من قبل السلطان عبد الحميد والذي أعلن المساواة بين المسلمين والمسيحيين .

وحرى بالذكر أن المركز المتميز للاجانب في الدولة الإسلامية كان قد بدأ قبل د. ١٠٠٠ الفerman المذكور بقراءة خمسة قرون ذلك أن المسيحيين الذين كانوا يقيمون بعد الحروب الصليبية — والذين هم من جنسية غير جنسية دولة الإسلام — كانوا يخضعون لسلطة قناصلهم ويبقون على جنسيتهم ومركزهم الممتاز الذي كان يحول لهم بمقتضى معاهدات — التمتع بمزايا كبيرة (انظر

Vanderpol, A.- La doctrine scholastique du droit de gens, Paris, 1925, p. 225 والحق أن عهود الذمة الأولى بين أن تكون قد قصدت إلى قوم بذواتهم وهؤلاء يصعب علينا اليوم أن نتبع بقاءهم وإما أنها قصدت إلى تطبيق ما جاء بها من احكام على أقاليم بعينها وعندئذ تكون هذه العهود قد سقطت بالترك لانها لم تطبق على تلك الأقاليم منذ قرون وقد حلت محلها نظم أخرى دون اعتبار لتلك العهود . صحيح أننا يمكن أن نهتدى بما جاء في تلك العهود وهذا

مأفعله كما أننا لابد أن نناقش مقال به الفقهاء التقليديون في هذا الخصوص
كيما ننتهى إلى الرأى الذى يحسن تبنيه . وقبل ذلك كله استهدى القرآن الكريم
والحديث الشريف .

لقد قسم القرآن الكريم — فيما أفهمه — « أهل الكتاب » قسمين : قسم
جعله من الصالحين وقسم الحق بالمشركين أما الطائفة الصالحة فقد قال فيها .
كتاب الله آيات أسوق منها مايلي :

— « ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده اليك » (آل عمران /
٧٥) .

— « ليسوا سواء ، من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم
يسجدون يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر
ويسارعون في الخيرات وأولئك من الصالحين » (آل عمران / ١١٣ ،
١١٤) .

— « وإن من أهل الكتاب لمن يؤمن بالله » (آل عمران / ١٩٩) .
وأما الفريق الذين ذمهم الله في القرآن الكريم فقد نزلت فيهم آيات أورد
منها مايلي :

— « ود كثير من أهل الكتاب لو يردونكم من بعد إيمانكم كفارا حسدا من
عند انفسهم من بعد ماتبين لهم الحق » (البقرة / ١٠٩) .

— « يا أهل الكتاب لم تكفرون بآيات الله » (آل عمران / ٧٠) .

— « قل يا أهل الكتاب لم تصدون عن سبيل الله » (آل عمران / ٩٩) :

— « يسألك أهل الكتاب أن تنزل عليهم كتابا من السماء فقد سألوا موسى
أكبر من ذلك » (النساء / ١٥٣) .

— « قل يا أهل الكتاب هل تنقمون منا إلا أن آمنا بالله » (المائدة / ٥٩) .

والمعيار الذى جرى عليه التقسيم هو اقامة احكام الكتب التى انزلها الله
عليهم « وليحكم أهل الانجيل بما أنزل الله فيه » (المائدة / ٤٧) « قل يا أهل
الكتاب لستم على شيء حتى تقيموا التوراة » (المائدة / ٦٨) .

والقون عندى. أن من ذمهم القرآن الكريم ليسوا أهل كتاب فى الحقيقة
لأنهم كما وصفهم الله تعالى ليسوا على شىء بل هم كفار « إن الذين كفروا من
أهل الكتاب والمشركين فى نار جهنم خالدين فيها أولئك هم شر البرية » (البينة
٦ /) .

ومن تم فإنهم يخرجون عن أهل الكتاب الذين ناقش الأحكام بالنسبة لهم ،
فمن اقصدهم بأهل الكتاب هنا ليسوا هم أولئك الذين أمر الله بأن يدفعوا الجزية
وهم صاغرون . ثم انى ارى حتى بالنسبة لأهل الكتاب هؤلاء بالمفهوم الذى
اسلفت أن يجرى التميز فى واقع معاملة أهل الكتاب بين كل من اليهود
والنصارى بمعنى أننا عندما نطبق الأحكام التى اوردتها فيما يلى يجب أن نحذر
فى معاملة اليهود وأن نفضل عليهم النصارى إذا تساوت الظروف والمؤهلات .
وقولى هذا يستند إلى الآية الكريمة « لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا
اليهود والذين أشركوا ولتجدن اقربهم مودة للذين آمنوا الذين قالوا إنا نصارى
ذلك بأن، منهم قسيسين ورهبانا وأهم لا يستكبرون » (المائدة / ٨٢) .

إن نظرة منصفة محايدة إلى مركز أهل الكتاب فى الجماعة الإسلامية
تكشف، عن أن النظرة المتغالية التى غلبت على الفقه الإسلامى لاتتسق مع
أحكام القرآن الكريم والأحاديث الشريفة والممارسات الراشدة وماأحسب
هذه المغالاة. إلا رغبة فى معاونة الحاكم ومقابلة طموح السلطات : ولذا فانا
لنستطيع أن نتعامل مع اجتهاد الفقهاء فى هذا الخصوص على أنه يمثل قواعد
الزامية أو أحكاما من النظام العام . ولعل المبدأ العام الذى يمكن أن نستنبطه من
استقراء الأحكام والممارسات هو أن تحديد مركز أهل الكتاب فى الجماعة
الإسلامية إنما يرتبط بما يحقق الصالح العالم ويجارى الخير المشترك فهم أحيانا
لايعتبرون من أهل الذمة — فى المفهوم الذى شرح به الفقه هذا المصطلح شأن
أهل الكتاب داخل الدولة الإسلامية المعاصرة الذى لابد أن يراعى فيه مقتضيات
الزمان ومايتفق وصالح الامة الإسلامية مادام أنه لايتخالف نصا فى القرآن أو
حكما فى الحديث .

والحكم العام الذى يطبق — فيما أرى — فى دولة الإسلام على أهل الكتاب هى القاعدة العامة « لهم مالنا وعليهم ماعلينا » فإن أردت أن أترجم ذلك فى لغة القانون فانهم يعاملون على قدم المساواة مع المسلمين . وطبيعى أن تكون مساواة أمام القانون وليست مساواة فى القانون ذلك أن بعض الحقوق والحريات لها مواصفات قد لا تنطبق على أهل الكتاب برئاسة الدولة الإسلامية مثلا لا تكون إلا لمسلم والعكس صحيح . أما الوزارة فقد قسمها الماوردى قسمين : وزارة تفويض أى أن يستوزر الإمام من يفوض اليه تدبير الأمور برأيه وامضاءها على اجتهاده ويعتبر فى تقليد هذه الوزارة شروط الإقامة عند النسب وإذن فلا يتولاها أهل الكتاب ، ووزارة تنفيذ أى الوزارة التى يقوم صاحبها بتنفيذ أوامر الإمام فهو همزة الوصل بين الإمام والشعب . ولكنى أرى أنه يجوز — فيما عدا بعض الوزارات مثل وزارة الدفاع والخارجية والعدل والتعليم — أن يتقلد أهل الكتاب منصب الوزارة حتى ولو كانت وزارة تفويض . وقولى هذا لا يبنى على فكرة الذمة أو التفرقة الدينية وإنما يبنى على أساس مفاهيم الديمقراطية التى تجعل من حق الأغلبية أن يكون لها أفضلية فى التمثيل من حيث أن المسلمين — أو حكم الإسلام — هم غالبية السكان .

إن رأى هذا لا يعارض ما جاء فى العهود لأن العهود لم تسر على نمط واحد وإنما كانت تواجه كل حالة بمقتضاها ولذا نجد أن تغلب مثلا تعفى من الجزية وتدفع صدقة مضاعفة وأن الجراجمة لا يدفعون جزية بل ويقتسمون الغنيمة وإذن فالذى استخلصه من ذلك أن معاملة أهل الكتاب تعتمد على ظروف الدولة الإسلامية وما يحقق الصالح على نحو أفضل . وما قدمت هو فى تقديرى الأفضل لبناء المجتمع داخل الدولة الإسلامية المعاصرة . إما ما قال به . الفقهاء فهو تفسير متعسف للصغار الذى جاء به الآية الكريمة وتصور متكبر لما يمكن أن تكون عليه العلاقة مع أهل الكتاب . ولعل قوة الدولة وازدهارها هو الذى حفزهم إلى التماذى ولأحسب أن الإنسانية التى احترمها الرسول فى اليهودى عندما وقف لجنازته فلما قيل له إنها جنازة يهودى قال قولته الخالدة « أليست نفسا » . إن هذه الإنسانية الرقيقة التى يتساوى فيها الجميع طبقا

لأوليات النظرية الإسلامية تأبى أن نجحف في معاملة أهل الكتاب على نحو ما يقولون وأن نتدنى إلى حد أن نلزم الكتابى بالقيام للمسلم عندما يجلس ولبس ما يقلل من شأنه كإنسان — إن الدين الإسلامى وهو دين الفطرة — أعظم من أن يقيم وزنا لهذا اللصم وأعظم فكرياً من أن يلقي بالا لمثل تلك الترهات . إن الله العلى القدير الذى خلق الإنسان فى أحسن تقويم وأسجد له الملائكة اجمعين وجعل روح الإنسان من أمر ربه لا يمكن أن يأذن للبشر بانتهاك الإنسانية فى بشر أيا كانت عقيدته ، فلا غرو أن يأمر الرسول بعض صحابته بحرق بعض المشركين ثم ينكل عن ذلك ويقول إن الحرق بالنار لله تعالى ولا يجوز للبشر أن يفعلها ثم يقول ﷺ فى موضع آخر إنه يخشى إن هو مثل بالناس أن ينتقم الله منه بمثلها . إن التعارف والعرف الذى تقبله الفطرة حق للناس جميعاً « وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا » ولذا نجد أن أوامر القرآن ونواهيها التى تتعلق بالمرء كإنسان إنما توجه للجميع لأنها حق للإنسان كإنسان بغض النظر عن عقيدته ودينه . ولذا فإنى أرفض ما جاء فى آراء الفقهاء الأوائل من مقترحات تنافى الإنسانية فى معاملة أهل الكتاب لأنها فيما اعتقد تنافى اصول الإسلام ومبادئ الحنيفية السمحاء . وتلك صيحة عمر الباقية فى سمع الزمن « متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم امهاتهم احرار » .

— « يا بنى آدم اما يأتينكم رسل منكم يقصون عليكم آياتى فمن اتقى وأصلح فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون » (الأعراف / ٣٥) .

بـ « إن كل من فى السموات والارض إلا آتى الرحمن عبداً . لقد أحصاهم و وعدهم عداً و كيلهم آتبه يوم القيامة فردا » (مريم / ٩٣ ، ٩٤ ، ٩٥) .

والقول عندى إن الفقهاء قد أغفلوا حقيقة هامة تلك هى أن الرسول كان يعطى ذمة الله وذمته لقوم لا يكونون جزءاً من شعب دولة المدينة وإنما كانوا يكونون وحدات خارجية ، أما يهود المدينة — وهم الصورة الوحيدة على عهد الرسول لأهل الكتاب الذين يكونون شطراً من شعب الدولة الإسلامية فى المدينة — فلم يكونوا أهل ذمة ولم يعاملوا على أنهم ذميون بل كانوا — طبقاً لعهد المدينة — أمة مع المؤمنين من المهاجرين والانصار الأمر الذى يسمح لى

بأن اعلن بأن مدرك الذمة كان نظاما ترتب على علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول أو الوحدات الأخرى التي قهرتها في حروب الجهاد الديني أما أهل الكتاب الذين هم من مواطني الدولة الإسلامية فلم يكن مدرك الذمة هو حكمهم. وقد امتد نظام الذمة بعد الرسول وفي عهد الخلافة الراشدة إلى من كانوا رعايا الدولة الإسلامية من شعوب الأقاليم المفتوحة ولم يطبق على مواطني الدولة الإسلامية الأم. ولعل هذا الذي دعى عمر إلى اجلائهم عن الحجاز حتى لا يضم شعب الدولة الأم دينيين فلو أنهم كانوا أهل ذمة لكان في اجلائهم نقضا للعهد .

هذا فضلا على أن مآثير من تساؤلات بالنسبة لمصير الذمي الذي نقض عهده إنما ترتب نتائج لا تتناغم مع مدرك السيادة الإقليمية المعاصرة التي أوضحت في مكان آخر من هذه الدراسة أنها تصور تقبله النظرية الإسلامية .
رأى الخاص : مواطنون متساوون :

لعل المقام قد تهيأ الآن لنلقى نظرة ذكية صادقة على نظام الذمة في النظرية الإسلامية . ويطيب لي أن اكرر القول بأن هذا ليس تعبيراً قرآنياً فالذميون في لغة الكتاب الكريم يسمون بأهل الكتاب لأنهم أهل كتاب سماوى منزل . ولذا فاني اطلق عليهم ما اطلقه القرآن من مسمى فهم عندى أهل كتاب ، وهو تعبير أكثر دقة من تعبير أهل الذمة في ظل التصور الحديث للدولة ذلك أن كافة مواطني الدولة هم في ذمة دولتهم فهم عندها أهل ذمة لا فرق في ذلك بين مسلم وكتابي . وهنا أود أن اوضح أن رأى يتعلق بمركز الكتابي المواطن وليس بعلاقة الكتابي غير المواطن بدولة إسلامية أخرى . وإن أول مدار بخلدى وأنا بصدد تحديد مركز أهل الكتاب في دار الإسلام هو المقارنة بين مركز اليهود في دولة المدينة وبين مركز أهل الكتاب خارج دولة المدينة . ذلك أن دستور المدينة اعتبر يهود المدينة — وهم من مواطني دولة المدينة — أمة وحدهم كما كان المسلمون أمة وحدهم . وكانوا يشاركون في الدفاع عن المدينة اثناء حرب المسلمين مع المشركين ولم يحصل الرسول ﷺ منهم جزية ولم يفرضها

عليهم . ولم يطلب اليهم التزبي بما يخالف المسلمين وإنما طلب إلى المسلمين تميز
انفسهم ، ومن ثم فان سنة رسول رب العالمين سارت على الاقرار لأهل
الكتاب من مواطنى الدولة الإسلامية بكيان ذاتى مستقل يتساوون فيه مع
المسلمين من حيث حقوق وواجبات المواطنة . وماحق يهود المدينة كان عقابا على
الخيانة التى كانوا يرتكبونها . بالتزامات المواطنة ، وأما الذمة فكانت تعطى لأهل
الكتاب من مواطنى اقاليم غير دولة المدينة كشرط من شروط المهادنة بينهم
وبين المسلمين . وإذا كانت حكمة عمر قد شاءت أن يخرج أهل الكتاب من
الحجاز بغية ألا يبقى دينين فى الحجاز ، ولعله سمع فى ذلك قولاً من الرسول
ﷺ ، فإن هذا لم يكن — فى تقديرى — انطلاقا من اتجاه إلى تصغير أهل
الكتاب أو الخط من قدرهم وإنما كان استكمالا لما أنجزه ابو بكر فى حروب
الردّة — التى طهرت الجزيرة من أهل الشرك — فكلما الرجلين حرص على
اعداد الحجاز لدورها الدولى الذى تهيأت له وهو ريادة العالم إلى الإسلام وأن
تكون ركيزة الدعوة المحمدية فى مختلف البقاع . ومن ثم فان القرار كان ذا
طبيعة سياسية غالبة استهدفت صالح المسلمين فى حينه وطبقا لظروف زمانه ،
وليس حكما فى الشريعة الإسلامية يلتزم به المسلمون فى معاملة أهل الكتاب
وله ، فيما لقبه الرسول ﷺ من خيانة يهود المدينة سابقة تعتبر واقعا لا يغفل .

وإذن ففكرة الذمة وأهل الذمة قد ارتبطت منذ البداية بمذكر الجهاد لانها
كانت القاعدة التى تحكم علاقة المسلمين بمن أفاء الله عليهم فى اقاليم المخالفين ،
وذلك أن النظرية الإسلامية التقليدية تقيم من دولة الإسلام وصية على كل إقليم
تفتحه إذا اختار اهله البقاء على دينهم . بيد أن أهل ذلك الاقليم عليهم — لقاء
هذه الوصاية أو الحماية — أن يتحملوا نفقاتها وتلك هى الجزية .

وإذن فحق عندى أن أقول إن سنة الرسول الكريم اقتضت ألا يعامل أهل
الكتاب من سكان دولة المدينة على أنهم ذميون — بالمفهوم الفقهى التقليدى
للتعبير — وإن هذا المفهوم لم يطبق إلا فى حق من ليسوا من مواطنى الدولة
الإسلامية كشرط من شروط المهادنة التى تسبق أو تلحق الحرب .

ولكن هذه التفرقة اختلطت في آراء الفقه التقليدي بسبب تصويره الخاص لمدرك الدولة ، فالدولة في المفهوم الفقهي التقليدي الإسلامي تتكون من عنصرين فحسب : شعب وسيادة ولم تعرف عنصر الاقليم ، ولذا كان اميرها هو امير المؤمنين ، ولا ينسب لقبه إلى دولة بذاتها أو اقليم بعينه . والبيعة — أى رابطة الولاء التى تعادل الجنسية اليوم — هى عقد بين المؤمنين واميرهم . إن التصور الاجتماعى للدولة على هذا النحو يجعل من الصعب أن نفرق بين اقليم الدولة الأم والأقاليم التى تخضع للوصاية الإسلامية لأن التفرقة تقوم على تقسيم للجماعات ، والتقسيم يبنى على أساس العقيدة فتلك جماعة المخالفين وهذه هى جماعة المسلمين . ومن ثم فجماعة المسلمين تضم المسلمين كلهم فى أرجاء المعمورة ، كما أن دار المخالفين تضم المخالفين كلهم فى أرجاء المعمورة . فإذا أقرت فرقة من المخالفين للمسلمين بالولاء فإن تلك العلاقة تقوم على روابط شخصية وليس على روابط اقليمية . ومن هنا لم يفرق الفقه التقليدي بين أهل الكتاب المواطنين وبين أهل الكتاب الاجانب . وقد اتضح غموض فكرة الإقليم وأنها ليست عنصرا فى دولة الفقه التقليدي فيما قال به الفقهاء وصفا لدار الإسلام ودار الحرب .

ولكن الأمر يختلف اليوم ... فقد توقف الجهاد ولم يند هناك مجال لتطبيق فكرة الذمة المرتبطة بالمهادنة بين المسلمين والمخالفين ، كما أصبحت دولة العصر دولة اقليمية ، بمعنى أن الإقليم صار عنصرها الذى يركز عليه العنصران الآخران : الشعب والسيادة . وتبعاً لذلك فإن من يريد أن يناقش مركز أهل الكتاب فى دار الإسلام اليوم لا يستطيع أن يعتمد على رأى الفقه التقليدي اعتماداً مطلقاً وإنما يتعين عليه أن يراجع نظرات الفقه العباسي — ومن سار على شاكلته — على هدى من سنة الرسول ﷺ التى ألححت اليها من قبل فيعامل أهل الكتاب من مواطني الدولة الإسلامية كما عامل الرسول ﷺ اليهود فى المدينة ، فقد كانوا مواطنين يقفون على قدم المساواة — من حيث حقوق المواطنة — مع المسلمين . وهى بداهة مساواة امام القانون وليست مساواة فى القانون ، والمساواة أمام القانون هى نوع المساواة التى تجمع عليها اليوم

التشريعات الخاصة في الدول المتعدنية . وتبعاً لذلك فإن الاحكام الإسلامية التي تفرض النظام العام والتي قد تخص المسلمين بمسؤوليات معينة في الدولة الإسلامية إنما تطبق بناء على أن المساواة تطبق أمام القانون وليس في القانون . وفي قول آخر فإن ما قد يترتب على بعض الاحكام من عدم مساواة في القانون هو أمر طبيعي تعرفه كل التشريعات ، ولا يعد هذا انحلالاً بمبدأ المساواة بين المواطنين ، والحق أن الشريعة الإسلامية — كما تخص المسلمين باحكام معينة — فهي كذلك تخص أهل الكتاب باحكام تقتصر عليهم وحدهم ، ومن ثم فلا مجال للقول بأن عدم المساواة في القانون يعتبر نقضاً للمساواة بمعناها الصحيح .

ان أى تصنيف أو تنظيم لمن يكونون الجماعة الواحدة — أو شعب الدولة — يجب ألا يغفل الحدود الإقليمية التي تنغلق على تلك الجماعة والرابطة المادية والمعنوية التي تشدها إلى اقليم الدولة والسلطة المسئولة عن تناغم أفراد تلك الجماعة وتحقيق الخير المشترك للدولة . ومن هنا لم تعد رابطة الشعب بالدولة رابطة تعاقدية وإنما أصبحت رابطة ولاء سياسية تنظيمية يدين فيها أفراد الشعب لسيادة الدولة بالطاعة والاخلاص ، والكل في هذا الولاء سواسية . وتصف الدراسات المعاصرة هذه الرابطة بمصطلح « الجنسية » فكل مواطني الدولة يحملون جنسيتها وكلهم يدينون لها بالولاء والطاعة . وتلتزم الدولة — مقابل هذا — بأن تعامل رعاياها على قدم المساواة لافضل فيهم لاحد على من سواه أمام القانون وإن جاز أن يتمايزوا في القانون لأن التمايز عندئذ يكون عماد تحقيق الخير العام ومنطلق تركية الصالح المشترك . ويصعب في ظل هذه المفاهيم أن نتقبل نظام عقد الذمة كوصف لعلاقة الدولة الإسلامية المعاصرة بفريق من رعاياها . ذلك أن خضوع هؤلاء للسيادة الإقليمية للدولة الإسلامية يغنى في تنظيم شؤونهم عن عقد الذمة فلو أخذنا مثلاً الالتزام بعدم منح دار لبيع الخمر في حى اسلامى فإن ذلك يمكن تحقيقه عن طريق المواصفات التي تتطلبها الدولة عند الترخيص بفتح محل عام ، وزواج الذمى بمسلمة يمكن أن يكون جريمة زنا تعاقب بعقوبة جريمة الزنا التي تطبق على الجميع ، وهكذا .

اما أن نقول إن مواطنى الدولة فريقان فريق أصيل وفريق دخيل فذلك مالا تتقبله المفاهيم المعاصرة وتتأباه الانماط الإنسانية القائمة . ثم إن المرء لا يملك إلا أن يتساءل عن مصير الذمى الذى يخالف العهد مخالفة ترتب انهاء عقد الذمة . أيقتل ذلك الذمى عندئذ وهل يكون قتله قتل نفس بالحق أم يسجن ولأى مدة ثم مامصيره بعد السجن ، أم يطرد من الدولة وإلى أين مادام أن الدولة الإسلامية ملزمة بأن تبلغ المشرك مأمنه فإين مأمّن الذمى الذى سقط عهده ؟ والآن اطرح السؤال الآتى : لو أننا أردنا أن نقيم اليوم دولة تبنى على النظرية الإسلامية فماذا يكون حكم الذميين فيها أو بتعبير أراه أكثر دقة ماذا يكون حكم أهل الكتاب فيها ؟ .

لقد اخترت مصطلح « أهل الكتاب » وفضلته على مصطلح « أهل الذمة » لان مدرك الذمة كان استجابة لظروف واعتبارات انقضى زمانها فهى — كما بينت — عهد كان يعطى لمن يخبرون بين الإسلام والجزية زمن الجهاد العسكرى الدينى فيختارون دفع الجزية كما أنه قرين منطقى لمفهوم السيادة الشخصية ، واليوم تمارس الدولة الإسلامية سيادة اقليمية . ومن ثم فلم يعد هناك محل للتمسك بها أو التقيد بأحكامها ، بل إن تطبيق المدرك قد يؤدى اليوم إلى سلبات ماأغنانا عنها . قد يقال إن هذه العهود تورث على مر العصور ولاينقضى الزامها فإنى اقول إن هذا يضعنا بين أمرين فاما أن تكون تلك العهود قد اعطيت لاقوام بذواتهم ومن ثم فهى لهم ولايستخلفون فيها ، رهؤلاء الخلفاء بصعب اليوم تتبع آثارهم . وإما أنها تمثل مفاهيم عامة لاتقصد قوما بذواتهم وقد ناقشنا مدى شرعية هذه المفاهيم اليوم .

وحرى بالبيان أنه مع قيام الدولة الاقليمية فقدت الجزية مبررها كمقابل لحماية الكتائب لان أهل الكتاب فى داخل الدولة الإسلامية يخضعون لسيادتها كمواطنين ، ثم إن أمن الدولة فى الداخل وحمايتها من العدوان الخارجى اصبح واجبا على المواطنين جميعا بلا تفریق ، والجنودية الاجبارية فى بعض الدول — كمصر — تشمل المواطنين كلهم المسلم منهم والكتائب .

إن الذى قدمته يتفق مع المفاهيم العامة التى أقر بها الفقه التقليدى لأهل الكتاب . فقد اتفق علماء المسلمين على أن الذميين سواء فى الحقوق مع المسلمين فى كفالة بيت المعوزين لهم . وقد بعث الرسول الكريم مالا لفقراء مكة فى سنة قحطوا بها ، كما تصدق على بيت من اليهود ثم اجريت عليهم الصدقة من بعد (الاموان لابی عبد القاسم بن سلام ، مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة ، ١٣٨٩ هـ ، ص ٨٠٤) . بل إن من الفقهاء — امثال المالكية والزييرية — من يجيز اعطاء أهل الذمة من أموال الزكاة .

كذلك يجوز أن يتولى أهل الذمة ارفع المناصب واعلاها — مادام أنها ليست من الولايات التى تتصل بامور العقيدة الإسلامية — ويذهب البعض من المحدثين إلى جواز اشراك الذمى فى الشورى المتعلقة بالامور الدنيوية وممارسة حقوق العضوية والتصويت فى المجالس النيابية فيما تمارسه تلك المجالس من مسائل تتعلق بنظام الحياة . وبديهي أن الاغلبية فى تلك المجالس هى للمسلمين فلا غضاضة أن يسهم أهل الكتاب برأيهم ونجبرتهم فيما يعود بالخير المشترك على الدولة التى ينتمى اليها المسلمون والكتايون (قارن ابو الاعلى المودودى — حقوق أهل الذمة فى الدولة الإسلامية ، دار الفكر دمشق ، ص ٣١ — ٣٢ ، وكذا عبد الكريم زيدان — أحكام الذميين والمسأمنين فى دار الإسلام ، مطبعة جامعة بغداد ، سنة ١٣٨٣ هـ) .

ويقول القرافى فى الفروق (ج ٣ — ص ١٤) « فمن اعتدى عليهم ولو بكلمة سوء أو غيبة فى عرض احدهم أو نوع من أنواع الاذية أو اعان على ذلك فقد ضيع ذمة الله ورسوله وذمة دين الإسلام » . ويحكى ابن حزم فى مراتب الاجماع « أن من طعن فى ذمى وجاء أهل الحرب إلى بلادنا يقصدونه وجب علينا أن نخرج لقتالهم بالكراع والسلاح ونموت دون ذلك صونا لمن هو فى ذمة الله تعالى وذمة رسوله ﷺ فإن تسليمه دون ذلك اهمال لعقد الذمة » .

إن مذكرته من نماذج لاقوال بعض الفقهاء ينتهى إلى المبدأ العام الذى اناذى به وهو أن البكتابى المقيم فى دولة الإسلام مواطن شأنه شأن غيره من المواطنين

يتمتع معهم بحقوق المساواة القانونية في مفهومها الذي اسلفته والذي لا يختلف عليه قوانين الدول اليوم .

إن الذمة — في المفهوم التقليدي — عقد ، وقد حلت الجنسية اليوم محل ذلك العقد ، فلم تعد علاقة المواطن بدولته علاقة عقدية وإنما هي علاقة تنظيمية . إن فكرة العقد التي استهوت الفقه التقليدي فجعل من علاقة المواطن المسلم بالامام عقدا هو عقد البيعة ومن علاقة المواطن غير المسلم بالامام عقدا هو عقد الذمة قد حرضت طرتها وسقطت حجتها لان العلاقة بين المواطن وبين الدولة — كما اسلفت — لم تعد علاقة اجتماعية وإنما هي علاقة اقليمية ومن ثم فإن السيادة الشخصية قد استحالت إلى سيادة اقليمية ، وفي ظل السيادة الاقليمية لا يمكن أن تؤمن صالح الدولة — والمجموع — إلا في ظل علاقة تنظيمية تربط بين الدولة ومواطنيها جميعا ... وقد اصطلح الفقه الحديث على تسمية هذه العلاقة بعلاقة الجنسية . ولا أرى ضيرا في ذلك ، كما لأعلم نصا في القرآن أو الحديث يناقض فكرة الجنسية أو يستنكر تنظيم العلاقات الدستورية والدولية على أساسها .

لقد تأثر العمل والرأى في الفقه الإسلامي — في شأن أهل الكتاب — بالافكار الفارسية والبيزنطية . إذ نصح عمر بأن يسير في بعض نظم المالية على ما كان متبعاً في فارس . كما نرى صدى للمفاهيم البيزنطية في آراء الفقه المتزمت بشأن أهل الكتاب .

إن لفظة ذمة تقابل في اللاتينية لفظة (fide) وقد عرف الرومان معاهدة تتقارب — إن لم تتماشى — مع عهد الذمة تعرف باسم (deditio) . وكانت تبرم بين ممثل روما وممثل المدينة المهزومة ، وبها يحيل الاخير حقوق السيادة إلى روما فيصبح مواطنو تلك المدينة مواطنين رومانيين ، أى انهم يكتسبون المواطنة بعقد ويطلق عليهم (clénts) ويدخلون بذلك في ذمة روما (fide populi Romani) كما يدخل الذمي في ذمة دولة الإسلام ، بيد أنها مواطنة غير كاملة فهم لا يتمتعون بالحقوق المدنية ، وتفرض عليهم روما ضريبة على الرؤوس .

كذلك تقضى معاهدة (deditio) في شأن الاراضى التى تفتح عنوة بما
يلى :-

- (١) أن تمنح للأفراد الرومانيين كملكية خاصة (Ager privati ex jure)
quiritrium viritium وبذا تصبح تلك الاراضى (Ager viritanus)
وعندئذ تعفى من الضريبة ، أو
- (٢) أن تترك لأصحابها القدامى (peregrin) ، وهنا تفرض عليها ضريبة
(Ager publicus stupendariis datus assignatus) ويكون من حق
الدولة أن تنزع ملكيتها فى أى وقت تشاء ، أو
- (٣) أن تذهب إلى الدولة فتصبح ملكية عامة .

وهكذا نجد التماثل واضحاً بين الخطوط العريضة للمركز القانونى لمواطن
الدولة الميزومة فى القانون الرومانى وبين مركز الذمى فى الفقه الإسلامى
المتزمت (صبحى صالح — النظم الإسلامية — بيروت ، ١٩٦٨ ، ص
٢٤ — ٢٥) .

يد أننى لا أريد أن اذهب فى التحرر إلى المدى الذى حصل فى عهد يزيد ،
إذا كانت هناك مقبرة لغير المسلمين فى مكة ، وقد صاحبه فى الحج مسيحي
يدعى ابو الحكم (كتاب الاغانى — الاصفهاني ، ج ٥ ، ص ١٣) .
أو الذى فعله عبد الملك بن مروان عندما ارسل مهندساً مسيحياً إلى مكة
(الاصفهاني ، ج ١٣ ، ص ٤٠) . ولكننى أتغيا الهددة من التزمت الذى
اتسم به فريق من الفقهاء التقليديين فى شأن معاملة الذميين .

قد يقال إن الجزية جاء لها ذكر فى القرآن ، وردى على ذلك أن القرآن
الكريم ذكر الجزية مرة واحدة فى سورة التوبة . قال تعالى « قاتلوا الذين
لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون
دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون »
(التوبة / ٢٩) . وهى فى هذا المقام تتعلق — كما اسلفت — بفريق من أهل
الكتاب « من الذين اوتوا الكتاب » وهم الذين يصدق فى حقهم مناجاة به

الآية الكريمة من أوصاف ، وليس هذا شأن المواطن الملتزم الذى اعنيه بما أقول .

وقد شرح بعض الكتاب المحدثين فلسفة الجزية « وأما الجزية فتفرض على غير المسلمين وحدهم ، فالمسلم يؤدى الزكاة ، ولا يؤدى الجزية . توازن فى الاعباء العامة يحتم أن يساهم غير المسلم فى الموارد المالية للدولة . وبالإضافة إلى ذلك فإن غير المسلم يعفى من أداء الجزية — مع بقائه على دينه — إذا أدى الخدمة العسكرية فى جيوش المسلمين . فالدفاع عن الوطن — فى أى بلد اسلامى — كان منوطاً بالمسلمين وحدهم .. وكان ينظر إلى الجزية حيثئذ على أنها مقابل الحماية التى توفرها الدولة لاهل الذمة من الغزو والاعتداء » . (مصطفى ابو زيد فهمى فن الحكم فى الإسلام ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٣٨٩ — ٣٩٠) .

ومن الآراء الطريفة فى الموضوع رأى المستشرق جاردية ، فهو يرى أن نظام الذمة هو اسهام فى الضيافة المقدسة ونظام الملجأ ، فالذميون ليسوا رعايا من الدرجة الثانية وإنما هم ضيوف مستقرون فى المجتمع الإسلامى ، وبديهي أن مساهمة الضيف فى حياة العائلة التى تستضيفه يجب أن تكون مساهمة حقيقية والذمة تفرض على المسلم أن يستضيف الذمى وأن يمنحه ملجأ . (Gardet, ١٠٠) (Cité Musulmane, Paris, 1954, P. 58) . وأياً كان رأى فالجزية التزام مالى لا اعتبار امنى .

إن الدولة فى النظرية الإسلامية ليست دولة الفلاسفة كما تصورها افلاطون ولا دولة المدينة الفاضلة كما تخيلها كتاب آخرون .. ولكنها دولة واقعية المثالية . ومن دلائل تلك الواقعية أن القرآن الكريم أوضح أن المشيئة الإلهية اقتضت ألا يكون الناس على دين واحد . « ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين » (هود ، ١١٨) ، وقرر الحقائق التى تسير السنة البطورية كقوله تعالى « وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين » (يوسف / ١٠٣) . ومن ثم فإن تكوين شعب الدولة — ذات المفهوم الاقليمى — من

مؤمنين وغير مؤمنين هي سنة فطرية وحقيقة أولية . ومادام أن الرسول ﷺ قد تقبل هذه الحقيقة وأقرها وساوى بين مواطني دولة المدينة فإننا يجب أن نتقبل اليوم تلك المساواة وأن نقول إن أهل الكتاب مواطنون وليسوا ذميين . «ولا يزالون مختلفين إلا من رحم بك ولذلك خلقهم» (هود / ١١٨ — ١١٩) .

ولا معنى لان نبتعث افكارا تتقاعس عن تحقيق الصالح العام أو تُثبث بآراء غدت من الركام .

اننا الآن بصدد تنظيم قانون السلام الإسلامي في جماعة دولية تنقسم إلى وحدات سياسية اقليمية هي الدول ، وتتغيا إقامة العلاقات على أساس من السلام وليس على اساس من الحرب ، ومن ثم فإن تشكيل الدولة الإسلامية يجب — حتى نستطيع أن نساير الركب وندافع عن مصالح الإسلام — أن يقوم على العناصر الثلاثة التي تقوم عليها الدولة الحديثة ، كما سبق أن اوضحت .

وفي تحديد اركان الدولة يكون عنصر الشعب هو الشعب الذي يضم مواطني الدولة من مسلمين وكتايين في مساواة حقيقية أمام القانون . أما ما أسلفت من احكام يغالى اصحابها في معاملة أهل الكتاب أو اعتدلوا ولكنهم لم ينصفوا فهي احكام اجتهاد تأثر بعصره وتفاعل مع بيئته ، والاحكام — وهذا من مسلمات النظرية الإسلامية — تتغير بتغير الزمان والمكان . وتلك اولية تنطبق بجلاء على مركز أهل الكتاب في دولة الإسلام .

قد يعاب على رأيي أنني اقصت عدم المساواة في القانون على أساس اختلاف الدين ، وتبعاً فانه لا فرق في الواقع بين مازهبت إليه وبين ما قال به الفقه التقليدي . ولكني ارد على ذلك بأنني اردت بما قلت تصنيف المواطنين وليس تمييزهم ، ودليلي على ذلك :

١ — لما كانت المساواة عندى بين المسلم والكتاي هي القاعدة الاساسية فان التمييز — أو بالاحرى التصنيف — استثناء يجب عدم التوسع فيه وتطبيقه بقدره . ومن ثم فإن الشك عند التقييد يفسر لصالح الكتاي .

قد يعترض البعض على هذه الحجة بالحديث الشريف « لا تبدؤا اليهود والنصارى بالسلام ، وإذا لقيتموهم في الطريق فاضطروهم إلى أضيقتها » . ولا بد أن المعارض يرى في الحديث نوعا من انزال الصغار . بأهل الكتاب والاذلال لهم . وهذا فهم خاطيء فيما أرى ، فالحديث اجراء استثنائي لظرف استثنائي . وتفصيل الامر أن اليهود كانوا يمرون بالمسلمين فيتظاهرون بتحياتهم قائلين : السام عليكم ، أى الموت والهلاك . ولذا قال الرسول ﷺ فيما رواه ابن عمر — إذا سلم اليهود عليكم فإنما يقول أحدهم : السام عليك فقل وعليك .

ولم يقتصر اليهود على الغمز واللمز بل تجاوز سلوكهم ذلك إلى نقض العهد مما اضطر الرسول إلى اجلاء بعضهم عن المدينة في أول الامر ثم قبل التحكيم مع بنى قريظة وانتهى التحكيم باعدام القادريين على القتال منهم . ولكن بقيت للمبعدين جيوب في خير واصلت التأمر على المسلمين فكان لابد من القضاء عليها حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله . ولم يكن في المدينة من النصارى عدد يعتد به ليميزهم عن اليهود وقتئذ أو يختصهم وحدهم بحكم مستقل .

ومن ثم فإن الاجراء الذى أمر به الرسول ﷺ قد صدر عنه باعتبار امامته ورياسته ودرءا لمفاسد . بعض أهل الكتاب وسعيا وراء تجميعهم ازاء مواجهاتهم الحادة العنيفة للمسلمين في مرحلة مصيرية . بعد تاريخ الدعوة الإسلامية . ومن ثم فهو ليس حكما عاما يصدق على كل زمان ومكان . وتبقى القاعدة العامة في معاملة أهل الكتاب « لهم مالنا وعليهم ما علينا » . وكيف يكون حكما عاما وقد قام الرسول ﷺ تحية لجنائز يهودى ، وهو الذى لم يتردد في أن يزور غلاما يهوديا مريضا في بيته واكرم وفادة نصارى نجران حتى أنزلهم في مسجده وأذن لهم بالصلاة إلى جوار المسلمين ، وهو الذى زارعهم وساقاهم ، وأكل من طعامهم كما يقول ابن قيم الجوزية .

(فهمى هويدى — المرجع السابق ، ص ١٨٢) . وقد مات الرسول ودرعه مرهونة عند يهودى . ولذا فانه مما يدعو إلى الدهشة أن يحاول البعض فى زماننا هذا تبني مثل تلك الافكار باعتبارها من تعاليم الإسلام ؟ .

إن المبررات التى دعت إلى اعتزال اليهود والنصارى — طواعية للحديث الشريف — هى ذاتها التى دعت إلى اجلاء اليهود والنصارى عن الحجاز إذ ليس بمستغرب على أى منطق أو تشريع أن تلجأ الدولة الى تطهير مقرها من العناصر المناوئة والمعادية ، لاسيما إذا قامت المعارضة وقت مرور الدولة بظروف مصيرية وذلك تأمينا لظهرها وتوثيقا لأمنها .

وهناك حديث آخر يمكن أن يدفع به فى هذا المقام وهو يقول « لاختصاص فى الإسلام ولا كنيسة » والحديث مطعون فى رواته مشكوك فى صحته نسبته إلى الرسول ، وأغلب الظن أن ابتداء هذا الحديث يرجع إلى مناخ عدم الثقة بين المسلمين والكتايين الذى انبعث — عبر التاريخ — من علاقاتهم غير المستقرة فاسفرت عن اجتهادات تشدد فى الحفاظ على خصوصيات المسلمين . ولذا فقد كانت شاغلا للفقهاء أكثر منها شاغلا للمسلمين ، وهنا — كما فى العديد من الحالات — نلمح كما قدمت انفصال الفقه التقليدى المترمت عن الحقيقة الاجتماعية .

وارانى فى غنى عن الخوض فى بناء الكنيس فى دار الإسلام ، فتلك مسألة تفصيلية تخضع لاعتبارات الشعور العام . والحق ثابت فى ذلك ، ثابت لا يحتمل عندى جدلا ، والا كيف ساغ لخالد بن الوليد أن يضمن ههنا لاهل عانات شرطاً ينص على ان « لهم أن يضربوا نواقيسهم فى اى ساعة شاعوا من ليل أو نهار . إلا فى اوقات الصلاة ، وأن يخرجوا الصليبان فى ايام عيدهم » (الخراج لابی يوسف — ص ١٤٦ ع . ولذلك كانت العهود والمواثيق هى التى تنظم ذلك الجانب فى الماضى بين المسلمين والكتايين . ولنا فى استضافة الرسول ﷺ لوفد نصارى نجران فى المسجد أسوة حسنة عند وضع الاحكام لاسيما بعد أن تطاولت الازمات ومضت القرون وتواصل الطابع الإسلامى فى امصار

المسلمين . وهنا أود أن أذكر الأب سرجيوس الذى اعتلى منبر الجامع الازهر ابان ثورة سنة ١٩١٩ م ليقول « إذا كان الانجليز يتمسكون ببقائهم فى مصر بحجة حماية القبط فأقول ليمت القبط وليحيى المسلمون أحرارا » . وقد نقل عنه انه قال : « إذا كان استقلال المصريين يحتاج إلى التضحية بمليون قبطى فلا بأس من هذه التضحية » .

إن التعصب الدينى هو اليوم من الاسلحة الفتاكة التى يحرص الاستعمار على شهرها لضمان فرقة الامة واضعاف شوكتها لتبقى دائما تحت ربة الغاصب وفى قبضة نفوذه ، وقد تفتت مقاومتها ولانت عريكتها . ولذا فإن الصالح العام للدولة — مسلميها وكتايبيها — يقتضى أن ينصهر شعبها فى بوتقة الوطنية الصادقة ضمن اطار حياة اجتماعية مترابطة . وهل ننسى الحديث الذى أوصى به الرسول ﷺ العرب بالقبط لان فيهم نسبا . ويرجع النسب إلى السيدة هاجر المصرية زوجة ابراهيم عليه السلام ، كما يرجع إلى زواج الرسول ﷺ من مارية القبطية ، وقد ولدت له ابنة ابراهيم .

أن ابا الاعلى المودودى — الفقيه الباكستانى — يذهب إلى أن للمواطنة اساسين : الإيمان وسكنى دار الإسلام ، ويستمد ذلك من قوله تعالى « إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وانفسهم فى سبيل الله ، والذين آووا ونصروا . أولئك بعضهم اولياء بعض . والذين آمنوا ولم يهاجروا ، مالكم من ولايتهم من شئ حتى يهاجروا » (الانفال / ٧٢) .

إن منطق الفقيه هنا تعوزه الدقة فهو يحمل الآية الكريمة غير معناها فهى قد نزلت داعية إلى توثيق الروابط بين المهاجرين والانصار ، الامر الذى حدا بالرسول إلى أن يؤاخى بينهم .

ويضيف المودودى إلى ذلك حجة من التاريخ مؤداها أن عصر النبوة والخلافة الراشدة لم يشهد واحدا من أهل الذمة تولى وظيفة قيادية عامة أو عضوا فى مجلس نيابى أو اشترك فى انتخاب الخليفة . وتلك لعمر الحق حجة قاصرة لأن التنظيم السياسى للعهد الذى يستشهد به يختلف عن التنظيم السياسى

للعهد الحالى ، لاسيما وأن فكرتى « التمثيل » و « المجالس النيابية » لم تكن معروفة وقتئذ . ثم إن الظروف التى عاش فيها الإسلام فى باكورة قيامه تختلف عن الظروف التى يعيش فيها المجتمع الإسلامى من حيث الثقة والعلاقات السلمية . هذا فضلا على أن عدم اشتراك الكتائبى فى بعض مظاهر الحياة السياسية لا يخل بحقه فى المساواة ، ولى كلمة فى ذلك اقولها بعد قليل . فقياس الفقيه إذن قياس على غير مقيس .

٢ — أن الاختلاف بين المسلم والكتائبى فى شأن الولايات لا ينفى المساواة التى انشدها . ذلك أن المسلمين فى الدولة الإسلامية هم حزب الاغلبية والكتائبون هم حزب الاقلية . ولأمراء فى أن النظام الديمقراطى المعاصر — كما هو مطبق فى أكثر البلاد اخذا بالحريات السياسية — يجعل الحكم من حق حزب الاغلبية ، وطبيعى أن حزب الاغلبية لا يختار للولايات العامة إلا ممن كان من انصاره ويدين بأفكاره . فليس منطقيا فى دولة كبريطانيا مثلا أن يكون حزب المحافظين هو حزب الاغلبية ثم يتولى رئاسة الوزارة عضو من حزب العمال . وهكذا الامر فى النظرية الإسلامية فهى تقصر بعض الولايات العامة على من يدين بعقيدة الاغلبية — وهى الإسلام — فرئيس الدولة مثلا أو رئيس الوزراء يجب أن يكون مسلما ، ولاغضاضة فى ذلك إذ مادام أن اختصاص انصار حزب الاغلبية بكراسى الحكم لا يقدح فى مبدأ المساواة بين المواطنين فى الدولة الديمقراطية فإن الامر يجب أن ينظر اليه على هذا النحو وبذلك المفهوم فى النظام الإسلامى . قد يقال ولكن الاحزاب فى الدول الإسلامية اليوم تضم المسلمين والكتائبين ، والرد على هذا هو أنى لا يبحث عن حكم يثبت الواقع ايا كان ولكنى أقدم حكما لما يجب أن تكون عليه النظرية الإسلامية . فالحزبية فى الإسلام — كما يستفاد من صريح نصوص القرآن — هى حزبية عقائدية « فإن حزب الله هم الغالبون » (المائدة / ٥٦) . « كل حزب بما لديهم فرحون » (الروم / ٣٢) . « رضى الله عنهم ورضوا عنه أولئك حزب الله » (المجادلة / ٢٢) .

ومع ذلك فإن النظرية الإسلامية لا تحتكر المناصب القيادية للمسلمين . ولا تخصهم وحدهم بكافة الولايات العامة . فابن تيمية يحدد قاعدة اختيار الأصلح واختيار الأصلح يتم بمعرفة مقصود الولاية ومعرفة طريق المقصود فلهذا لما غلب على الملوك قصد الدنيا دون الدين قدموا في ولايتهم من يعينهم على تلك المقاصد .

أما الماوردي فقد عقد فصلا في كتابه « الاحكام السلطانية » عن تقليد الوزارة فقال إنها حزبان : وزارة تفويض وفيها يفوض الامام إلى وزيره تدبير الامور برأيه وامضاءها على اجتهاده ، ووزارة تنفيذ وحكمها اضعف وشروطها اقل لأن النظر فيها مقصور على رأى الامام وتديره . وهذا الوزير وسط بينه وبين الرعايا والولاة يؤدي عنه مأمور وينفذ عنه ماذكر ويمضى ماصدر . ومأقرب وزير التنفيذ هذا مما نطلق عليه اليوم وزير الدولة . ويميز الماوردي أن يكون وزير التنفيذ من أهل الذمة .

أما الوظائف الكبرى فيشترط فيها الماوردي توافر صفة الإسلام فيمن يتولاها عدا جباية الزكاة فيجوز أن يكون جابى الزكاة من غير المسلمين إذا كان في مال قد عرف مبلغ أصله وقدر زكاته ، ذلك أن جابى الزكاة يعد من عمال التنفيذ لا التفويض .

وفي اجتهادات الباحثين المعاصرين آراء تفتح بابا اوسع لمشاركة الكتائين في الحياة العامة للدولة الإسلامية ، فهناك رأى يرى يتجاوز اشتراك أهل الكتاب في الوقت الحاضر في انتخاب رئيس الجمهورية في الدول الإسلامية الجمهورية لأن رئاسة الجمهورية ليست لها صبغة دينية كما كانت في السابق . فهي إذن رئاسة دنيوية وليست هي الخلافة التي يتحدث عنها الفقهاء ، وأن بقى لها شيء من معانيها (عبد الكريم زيدان - المرجع السابق ، ص ٨٣) .

إن هذا الرأى يسلم بواقع الحال ويضع له حكما ولكن غايتى في هذا البحث هي تصوير مايجب أن يكون عليه الحال والبحث عن الحكم الإسلامى

المناسب له . ولذا أفضل رأيا آخر يذهب إلى أن الكتائين يستطيعون أن يعملوا في أى هيئة حكومية ترشحهم لها مؤهلاتهم الشخصية ، بما في ذلك الدفاع عن الدولة الإسلامية . ولكن من الممكن أن يستبعدوا فقط عن تلك المراكز التي يتطلب اتخاذ القرارات فيها وجود التزام شخصي بالإسلام كتولى القضاء بين المسلمين أو وضع السياسة العامة للدولة الإسلامية (اسماعيل الفاروقى — حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية ، مجلة المسلم المعاصر العدد ٢٥ ، سنة ١٩٨١ ، ص ٢٥) . واضيف إلى هذا الرأى أن من وزارات التفويض التي تكلم عنها الماوردى وزارات يمكن أن يتولاها الكتائى مثل وزارة الاعلام ووزارة الزراعة ووزارة المواصلات ووزارة الصناعة ، وهكذا .

ويبدو أن من الفقهاء من أحس بأن فتواه تفتقر إلى ساق قوية لتقف عليها فذهب — مثل الماوردى — إلى أن الالتزامات التي تفرض على أهل الكتاب مثل اخفاء دفن موتاهم ومنعهم من ركوب الخيل وتغيير هيئاتهم وشد الزناد (الحزام) وألا يعلوا على المسلمين في الابنية ، وغير ذلك من الشروط الغريبة — هى من قبيل المستحب . وسواء كانت من قبيل المستحب أم من قبيل المستحق فإن الذى يؤخذ عندى على القائلين بهذه الآراء التي تغرق في تنظيم جزئيات الحياة الخاصة بالكتائى قد تجاوز — كما أوضحت — ماينبغي أن يقف عنده الاجتهاد بالنسبة لما يطبق من احكام على أهل الكتاب .

قد يحتاج البعض على مذهب المساواة في المواطنة بين المسلم والكتائى بآيات القرآن الكريم التي تؤيد في ظاهرها — لمن لا يحسن تفهم معناها — مخالفا لما اقول ، والآيات الكريمة ثلاثة هى :—

(أ) « لا يتخذ المؤمنون الكافرين اولياء من دون المؤمنين » (آل عمران / ٢٨) .

(ب) « يا أيها الذين آمنوا لاتتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من افواههم وما تخفى صدورهم أكبر » (آل عمران / ١١٨) .

ج) « يا ايها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى اولياء » (المائدة / ٥١) .

غير أن سياق النصوص القرآنية يؤكد أنه لا صلة البتة بين هذه الآيات والتعامل العادى فى المجتمع الإسلامى بين المسلمين والكتابين « فهى جميعا واردة فى المعتدين على الإسلام والمحارين لأهله ، وتحرر افراد الأمة من خصومها واجب يتجدد فى كل عصر » (محمد الغزالى — التعصب والتسامح بين المسيحية والإسلام ، ص ٤٠) .

٣ — أن المساواة التى اتكلم عنها والتى تعتبر أن أهل الذمة مواطنون أوسع من البر بأهل الكتاب الذى يتكلم عنه المعتدلون من الفقهاء التقليديين . ولذا فان الامثلة والاسانيد التى تضرب لتأكيد ذلك البر كحرص عمر بن الخطاب على أن يتحرى بنفسه مراعاة ولاته للبر بأهل الذمة أو منع المسلمين من التعرض لهم بسب أو أذى ، وما إلى ذلك ، هى أدخل فى باب معاملة الاقليات . بديهي أن أهل الكتاب اقلية عديدة فى دار الإسلام ولكنهم ليسوا اقلية ثانوية لان الذمة التى لهم من الدولة هى ذاتها الذمة التى للمسلمين ، فالفتتان كما قلت تتساويان فى رابطة الجنسية وتلتزمان — على قدم المساواة — بواجبات المواطنة وتتمتعان بحمايتها . ولذا قلت إن المسمى الافضل عندى هو « أهل الكتاب » وليس « أهل الذمة » . ومن ثم فاني أحيى — مثلاً — بتحفظ قيام العباسيين بأنشاء ديوان خاص للمحافظة على اموال الذميين ورعاية مصالحهم ، وكان اسم رئيس الديوان « كاتب الجهاد » (والجهاد كلمة فارسية معناها العارف بتمييز الجيد من الردىء عن طريق الثقة والتمحيص) ، وأنشأ الامويون فى الاندلس ديوان « كاتب الذمة » ليوذى مهمة مماثلة لمهمة كاتب الجهاد .

ولكن هذه الامثلة لاتصل إلى حد المساواة التى اقصد اليها ، فهى تشير إلى نوع من الفصل العقائدى ، وهذا اضيق من مفهومى للمساواة لان هذه مساواة تعادلية والتى أقصد اليها مساواة اندماجية .

إن الحساسية التى استشعرها بعض الفقهاء حيال أهل الكتاب وما اسفرت

عنه من تشدد مرجعها إلى مالقيه المسلمون من أهل الكتاب في أوائل الدعوة الإسلامية فقد كان قساوسة الكنيسة حتى العصر الوسيط يعتبرون بلاد المسلمين دياراً لهم كما منعت اعراف ذلك العصر على الفرنجة التعامل التجاري مع المسلمين ، وهذا ماقرره صراحة مجمع اللاتران الكنسي عام ١١٧٩ م . كما لم تسمح أوربا المسيحية باستمرار تعبد المسلمين في جنباها ، وماجرى في الأندلس رسميلية خير شاهد على ذلك .. فقد كانت الخيارات التي وضعت أمام المسلمين في هذين البلدين هي القتل أو اعتناق المسيحية أو الطرد، مما انتهى إلى اقتلاع جذور الاسلام تماما من هذه المناطق . ولكن هذه الحقائق لا تنهض مبررا يميز أن نقابل أهل الكتاب جميعا بمعاملة المثل وأن ننكر عليهم حقوقا ثابتة بحكم القرآن والسنة أو أن نلقى على الجميع تبعه جرائم ارتكبا نفر بعينه في زمن معين .

وثيقة حقوق الإنسان في الإسلام :

وحرى بالذكر أن المؤتمر الإسلامي أعد وثيقة من ثمان وعشرين مادة عن حقوق الإنسان في الإسلام ولكنها لم تحظ بقبول الدول الاعضاء ولذا فانها قيد الدراسة مجددا ، بيد أنني أرى من المناسب أن اناقش هذه الوثيقة في ايجاز من حيث أنها تنبئ عن عموميات اتجاه المؤتمر في هذا السبيل .

تبدأ الوثيقة بدعاية تؤكد ايمان الدول الاعضاء بالرسالة المحمدية وقيامها على عبادة التوحيد والدور الحضارى والتاريخى للأمة الإسلامية وتثبت المادة الأولى حق المساواة بين البشر جميعا في أصل الكرامة الإنسانية والتكليف والمسئولية وأن احب الخلق عند الله أنفعهم لعياله . وفي هذا الحق يفصل فقهاء المسلمين في أحكام اللقيط وربما كان من الافضل لو أن المادة تضمنت الاشارة إلى ذلك . وتكفل المادة الثانية حق الحياة لكل انسان وتحرم جريمة الاضطلام .

وتتناول المادة الثالثة بعض احكام الحرب والمنازعات المسلحة ، وهى بذلك توازن بين حق الإنسان في السلام (القانون الانسانوى) وبين حق الإنسان في الحرب (القانون الانسانى) ولذا فإن المادة فى رأى قد حشرت فى غير موضعها .

وتقرر المادة الرابعة حرمة الإنسان بعد موته وحماية جثمانه ومدفنه .

وتثبت المادة الخامسة أن الأسرة هي الأساس في بناء المجتمع والزواج اساس تكاملها . وتأتي المادة السادسة لتبين أن المرأة مساوية للرجل في الكرامة الانسانية ولها مثل ما عليها من الواجبات ولها شخصيتها المدنية وذمتها المالية وفي الوقت ذاته تحمل الرجل عبء الانفاق على الأسرة ومسئولية رعايتها . والواقع أن المادة السادسة ذات صلة بالمادة الأولى فهي تقنن شطرا من الذي اوردته المادة الاولى وهو المساواة . وتنظم المادة السابعة العلاقة بين الطفل وأبويه .

وتتكلم المادة الثامنة عن حق كل انسان في التمتع بجنسية وهي بذلك تزكي الانفصال بين الدولة الإسلامية حتى أنها ترتفع بالجنسية إلى مستوى حق أساسي من حقوق الإنسان في النظرية الإسلامية .

وتنص المادة التاسعة على حق الإنسان في التمتع بشخصيته الشرعية .

وتجعل المادة العاشرة طلب العلم فريضة والتعليم واجبا على الدولة وهنا لا تقتصر المادة على حقوق الإنسان بل تتكلم عن فريضة من الفرائض التي يلتزم بها ، ومن ثم فإن طلب العلم بهذا هو حق يغلب فيه حق الله لأنه لو كان من الحقوق التي يغلب فيها حق الفرد لجاز له أن يتنازل عنه ولما كان فريضة عليه .

أما المادة الحادية عشرة فتمنع ممارسة أى لون من الإكراه على الإنسان لترك دينه الإسلامى ، فهي إذن تحدد من القاعدة القرآنية التي تمنع الإكراه في الدين عموما أيا كان الدين وليس الإسلام وحده .

وتذكر المادة الثانية عشرة بأن الإنسان يولد حرا وتحرم الاستعمار بشتى انواعه ، أى انها تجمع في فقرتي المادة بين حق الإنسان وحق الشعب ظنا منها بأن حرية الإنسان مرتبطة بحرية الشعوب فاستخدمت لذلك تعبيرا غامضا — لاسيما بالنسبة للاحكام النظرية الإسلامية — وهو الاستعمار . ولاننى أن من الكتاب الغربيين من يعتبر أن الجهاد الحرى يعد من قبيل الاستعمار بمفهومه الغربى المعاصر .

ولعل خطأ مناداة هو في جريها وراء المصطلحات الحديثة دون تدقيق أو تعمق .

وتضمن المادة الثالثة العشرة لكل انسان الحق في إطار الشريعة في حرية التنقل واختيار محل اقامته وحق اللجوء ، وعلى البلد الذي يلجأ اليه أن يجيره حتى يبلغه «أمنه» . وقد أحسنت الوثيقة إذ قيدت حرية التنقل بأحكام الشريعة لان الشريعة تميز وضع قيود على ذلك كالسفر مثلا درءا لمفسدة أو تحقيقا لمصلحة .

أما حق اللجوء على هذا النحو فهو نقل من أحكام القرآن في شأن لجوء المشركين إلى حماية الإسلام وإذن فهو لا يجعل حق اللجوء حقا ثابتا ومستمرا في حين أن لجوء المسلم إلى بلد إسلامي — لاسيما وأن الوثيقة تؤكد على حق الإنسان في جنسية — يجب أن يكون فرضا على الدولة الإسلامية دون قيد لاسيما وأن هناك حالات يكون فيها اللجوء واجبا مفروضا مثل الخروج من دار الحرب أو دار البدعة إلى دار الإسلام ، وأول من فعل ذلك ابراهيم عليه السلام . والله تعالى يقول «ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها» (النساء / ٩٧) .

وتناول المادة الرابعة العشرة إن العمل حق تكفله الدولة والمجتمع بـكل قادر عليه وللانسان حرية اختيار العمل اللائق به . والحق أن هذه المادة تكرر حقا تناوله الفقه الإسلامي بتفصيل واف ، ويطول بي المقام لو أننى ناقشته بما يستحقه ولكنى اكتفى هنا بأن المادة كان يجب أن تستكمل الإشارة إلى مقدماته الرئيسية باضافة نص يتعلق بحقوق العامل في تكافؤ الفرص والرعاية الصحية وتأمينه ضد البطالة ورعاية الاحداث والنساء ولايغنى في الاحداث والنساء أن المادة ذكرت ألا يكلف العامل بما لا طاقة له به . كذلك كنت أتوقع أن تقيد المادة حق العامل في اختيار العمل بأحكام الشريعة الإسلامية لأن هناك من الاعمال مالا تميز الشريعة القيام به كبيع الخمر بالنسبة للمسلم مثلا . قد يقال إن المادة / ٢٣ تكفى في هذا لانها تقيد الحقوق والحريات الواردة في الوثيقة بأحكام الشريعة الإسلامية ، فان صح هذا لوجب أن ترفع الإشارة إلى

أحكام الشريعة من المواد التي تضمنت تلك الإشارة مثل م ١٣ التي تقيد حرية التنقل بأحكام الشريعة. وأقول ذلك لأن في النظرية الإسلامية أحكاماً غاية في الطرافة بالنسبة للعمل كإسقاط الزكاة عن معدات العامل كالكتب مثلاً . وتجعل المادة الخامسة العشرة من التجارة حقاً للإنسان ، كما تضمن المادة السادسة العشرة لكل إنسان الحق في التملك وتحرم مصادرة الأموال إلا بمقتضى شرعى . ومادام أن الوثيقة تضيف أحياناً بعض الالتزامات المتعلقة بالحق والتي يغلب أن تكون شرطاً في ممارسته فيأى كنت أفضل لو أن المادة أضافت الزام المالك بمداومة استثماره إذا كان من يؤازر الاتباع وكذا الالتزام بدفع الزكاة المستحق عليه .

وتتعلق المادة السابعة العشرة بحماية حق كل إنسان في الانتفاع بشمرات إنتاجه العلمى أو الادبى أو الفنى أو الثقافى . والحق أن الملكية يجب تعريفها في النظرية الإسلامية إذ يمكن أن تنصرف إلى الملكية المعنوية الأمر الذى كان يغنى فيه حكم المادة السابقة ولكن اهتمام الوثيقة باقرار هذه الملكية على حدة هو إبراز لأهميتها وإظهار لأن الوثيقة تسير الاتجاهات الحديثة .

وتذكر المادة الثامنة العشرة أن لكل إنسان على مجتمعه ودولته حق الرعاية الصحية والاجتماعية وتفرض على الدولة أن تكفل له حقه في عيش كريم . وتعالج المادة التاسعة العشرة حق الإنسان في أن يعيش آمناً في مسكن له حرمة ، والمادة هنا قد فصلت مما يجمع أطرافه حق الإنسان في مسكنه طبقاً لما تقرره النظرية الإسلامية .

وتكرر المادة العشرون المبدأ الجنائى الذى يجعل المستورج شخصية وأن لاجرمية ولا عقوبة إلا بنص وأن المتهم برىء حتى تثبت ادانته . وهذه المادة والمادة التى تليها تجمع في إيجاز أهم ضمانات الإنسان ضد العنف الجنائى . وتواصل المادة الحادية والعشرون مقدار ضمانات الأمن فتمنع القبض أو تقييد الحرية بدون موجب شرعى وتحرم التعذيب أو إخضاع الفرد لتجارب طبية أو علمية إلا برضائه وبشرط عدم تعرض صحته وحياته للخطر .

وتضيف المادة الثانية والعشرون أنه لا يجوز أخذ الرهائن للابتزاز . وتزكى المادة الثالثة والعشرون حرية الرأي والتعبير والحق في الدعوة إلى الخير وعدم جواز استغلال الاعلام أو اثاره الكراهية القومية أو العنصرية .

وتتصل المادة الرابعة والعشرون بمساواة الناس أمام الشرع وكفالة حق اللجوء للقضاء .

وتذهب المادة الخامسة والعشرون إلى أن حرية المجتمع واجب لضمان الحقوق الاساسية وأن لكل انسان حق الاشتراك في ادارة الشؤون العامة لبلاده .

وتجتمع المادتان السادسة والعشرون والسابعة والعشرون حول تقييد كافة الحقوق والحريات التي تقرها الوثيقة بأحكام الشريعة الإسلامية وأن الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أى مادة من مواد الوثيقة .

وتوجه المادة الثامنة والعشرون الدول الاعضاء إلى اتخاذ الاجراءات اللازمة لتطبيق أحكام الوثيقة وقد اسمتها « الاعلان » جريا على سنة الامم المتحدة عندما اسمت وثيقة حقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ . بالاعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى اتخذت منه الوثيقة هاديا فى كثير من أحكامها . ونظرا لان هذه الوثيقة لم تكن محل رضاء الدول أعضاء المؤتمر الإسلامى فإنى قد خففت كثيرا من الانتقادات المتعددة التى يمكن أن توجه اليها . وظاهر الوثيقة أنها تقرر الحقوق للإنسان بوصفه انسانا بغض النظر عن ديانته لأنها تنص دائما على أن « لكل إنسان » . فان صح هذا الفهم وكان مقصد الوثيقة أن تقنن حقوق الإنسان بوصفه انسانا فى النظرية الإسلامية فإن ذلك يعنى أنها قد سوت فى الحقوق مساواة كاملة بين المسلمين وغير المسلمين . وهى بهذه المساواة قد غبنت أهل الكتاب — أى الاقلية — بعدم الإشارة إلى حقهم الخاص فى أن تكون لهم نظمهم القانونية لاسيما فى الاحوال الشخصية وأن تتوفر لهم الدراسة بلغتهم الخاصة إن كانت لهم لغة وضمان عدم ممارسة الاكراه عليهم فى قيامهم بشعائهم ، وهكذا . ثم إن الوثيقة تكاد تقتصر على الحقوق

المدنية والسياسية وبعض الحقوق الاجتماعية ولكنها تبدو هزيلة في شأن الحقوق الاقتصادية .

والواقع أن هناك مآخذ أو تعليقات أخرى يمكن أن يضيفها أى دارس للوثيقة ولكنى قنعت بما قدمت مادام أن الوثيقة قد اعيدت لمزيد من الدراسة وحرصا على عدم الاطالة في غير موضعها .

بيد أنني ارحب بفكرة اصدار اعلان اسلامي عالمي بحقوق الانسان ، ولعل الله يوفق من يكلف بإعادة الصياغة إلى أن يؤكد الصبغة الإسلامية الحق فيها بما لها من أصالة وشمول . والله من وراء القصد .

وقد رأيت استكمالا للفائدة أن أرفق نصوص مشروع الوثيقة مع هذه الدراسة .

وثيقة حقوق الإنسان في الإسلام

إن الدول الاعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي ، ايمانا منها بالله رب العالمين خالق كل شيء ، وواهب كل النعم ، الذي خلق الإنسان في أحسن تقويم وكرمه وجعله في الأرض خليفة ، ووكل اليه عمارتها واصلاحها وحمله أمانة التكاليف الالهية وسخر له مافي السموات ومافي الارض جميعا .

وتصديقا برسالة محمد — ﷺ — الذي ارسله الله بالهدى ودين الحق ، رحمة للعالمين ومحررا للمستعبدين ومحطما للطواغيت والمتألهين والذي اعلن المساواة بين البشر كافة ، فجعل لافضل لاحد على احد الا بالتقوى ، والغنى الفوارق والكرامية بين الناس ، الذين خلقهم الله من نفس واحدة .

وانطلاقا من عقيدة التوحيد الخالص ، التي قام عليها بناء الإسلام والتي دعت البشرية كافة ألا يعبدوا إلا الله ، ولا يشركوا به شيئا ولا يتخذ بعضهم بعضا أربابا من دون الله والتي وضعت الاساس الحقيقي لحرية البشر وكرامتهم واعلنت تحرير الإنسان من العبودية للإنسان .

وتحقيقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية الخالدة ، من المحافظة على الدين والنفس والعقل والعرض والمال والنسل ، وما امتازت به من الشمول والوسيلة في كل مواقفها واحكامها فمزجت بين الروح والمادة وأخذت بين العقل والقلب وقرنت بين المثالية والواقعية ووزانت بين الحقوق والواجبات ، ووفقت بين حرمة الفرد ومصلحة الجماعة واقامت الموازين الفسط بين الاطراف المتقابلة فلا طغيان ولا اخسار .

وتأكيدا للدور الحضاري والتاريخي للامة الإسلامية التي جعلها الله امة وسطا اورثت البشرية حضارة عالمية متوازنة، وصلت الارض بالسماء وربطت الدنيا بالآخرة وجمعت بين العلم والإيمان ، وما يرجي أن تقوم به هذه الامة

اليوم لهداية البشرية الحائرة بين التيارات والمذاهب المتنافسة وتقديم الحلول لمشكلات الحضارة المادية المزمنة .

ومساهمة في الجهود البشرية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تهدف إلى حمايته من الاستغلال والاضطهاد وتهدف إلى تأكيد حريته وحقوقه في الحياة الكريمة التي تتفق مع الشريعة الإسلامية .

وثقة منها بأن البشرية التي بلغت في مدارج العلم المادى شأوا بعيدا لاتزال في حاجة ماسة إلى سند ايماني لحضارتها وإلى وازع ذاتي يحرس حقوقها .

وايمانا بان الحقوق الاساسية والحريات العامة في الإسلام جزء من دين المسلمين لا يملك أحد تعطيلها كليا أو جزئيا ، أو خرقها أو تجاهلها في احكام إلهية تكليفية . أنزل الله بها كتبه ، وبعث بها خاتم رسله وتمم بها ماجاءت به الرسالات السماوية واصبحت رعايتها عبادة ، واهمالها أو العدوان عليها منكرا في الدين وكل انسان مسئول عنها بمفرده ، والامة مسئولة عنها بالتضامن ، أن الدول الاعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي تأسيسا على ذلك تعلن مايلي :

المادة الاولى :

أ (البشر جميعا اسرة واحدة جمعت بينهم العبودية لله والبنوة لادم وجميع الناس متساوون في أصل الكرامة الإنسانية وفي أصل التكليف والمسئولية دون تمييز بينهم بسبب العرق أو اللون أو اللغة أو الاقليم أو الجنس أو المعتقد الديني أو الانتماء السياسي أو الوضع الاجتماعي أو غير ذلك من الاعتبارات .

ب (أن الخلق كلهم عباد الله وأن أحبهم اليه انفعهم لعياله وأنه لافضل لاحد منهم على الاخر إلا بالتقوى .

المادة الثانية :

أ (الحياة حق مكفول لكل انسان ، وعلى الافراد والمجتمعات والدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه ، ولايجوز ازهاق روح دون مقتضى شرعي .

- ب) يحرم اللجوء إلى وسائل تقضى إلى افناء النوع البشرى كليا أو جزئيا .
ج) المحافظة على استمرار الحياة البشرية إلى ماشاء الله واجب شرعى .

المادة الثالثة :

- أ) فى حالة الحرب أو المنازعات المسلحة لايجوز قتل من لا مشاركة لهم فى القتال كالشيخ والمرأة والطفل ، وللجريح الحق فى أن يداوى وللأسير أن يطعم ويؤوى ويكسى ، ويحرم التمثيل بالقتلى ، ويجوز — من حيث المبدأ — تبادل الاسرى وتلاقى واجتماع الاسر التى فرقتها ظروف القتال .

- ب) لايقطع الشجر ولايتلف الزرع والضرع ولاتخرب المباني والمنشآت للعدو بقصف أو نسف أو غير ذلك إلا لضرورة شرعية مقتضية .

المادة الرابعة :

- لكل انسان حرمة بعد موته والحفاظ على سمعته وعلى الدولة والمجتمع حماية جثمانه ومدفنه .

المادة الخامسة :

- الاسرة هى الاساس فى بناء المجتمع ، والزواج اساس تكوينها :
أ) للرجال والنساء الحق فى الزواج ولاتحول دون تمتعهم بهذا الحق قيود منشؤها العرق أو اللون أو الجنسية .
ب) على المجتمع والدولة ازالة العوائق أمام الزواج وتيسير سبله وحماية الاسرة ورعايتها .

المادة السادسة :

- أ) المرأة مساوية للرجل فى الكرامة الإنسانية ، ولها من الحقوق مثل ما عليها من الواجبات ، ولها شخصيتها المدنية وذمتها المالية المستقلة وحق الاحتفاظ باسمها ونسبها .

ب) على الرجل عبء الانفاق على الأسرة ومسئولية رعايتها وفقا لما تعنيه كلمة القوامة للرجال في الشريعة الإسلامية .
المادة السابعة :

أ) لكل طفل منذ ولادته حق على الابوين والمجتمع والدولة في الحضانه والتربية والرعاية المادية والادبية كما تجب حماية الامومة واعطاؤها عناية خاصة .

ب) للاباء الحق في اختيار نوع التربية التي يريدون لاولادهم مع وجوب مراعاة مصلحتهم ومستقبلهم في ضوء القيم الاخلاقية والاحكام الشرعية .

ج) للاباء على الابناء حق الابوة وللاقارب حق على ذويهم وفقا لاحكام الشريعة .

المادة الثامنة :

لكل انسان الحق في التمتع بجنسية ولايجوز حرمانه من جنسيته بشكل تعسفى .

المادة التاسعة :

لكل انسان التمتع بشخصيته الشرعية من حيث الالزام والالتزام وإذا فقدت أهليته أو انتقصت قام وليه مقامه .

المادة العاشرة :

أ) طلب العلم فريضة والتعليم واجب على الدولة وعليها تأمين سبله ووسائله وضمان تنوعه بما يحقق مصلحة المجتمع ويتيح للإنسان معرفة دين الإسلام وحقائق الكون وتسخيرها لخير البشرية .

ب) من حق كل انسان على مؤسسات التربية والتوجيه المختلفة من الاسرة والمدرسة والجامعة وأجهزة الاعلام أن تعمل على تربية الإنسان دينيا ودينيا تربية متكاملة ومتوازنة بحيث تنمى شخصيته وتعزز ايمانه بالله واحترامه للحقوق والواجبات وحمايتها .

المادة الحادية عشرة :

لما كان على الإنسان أن يتبع الإسلام دين الفطرة فإنه لا يجوز ممارسة أى لون من الاكراه عليه ليترك دينه إلى دين آخر أو إلى الالحاد كما لا يجوز استغلال فقره أو ضعفه أو جهله لتغيير دينه .

المادة الثانية عشرة :

(أ) يولد الإنسان حرا وليس لاحد أن يستعبده أو يذله أو يقهره أو يستغله ولا عبودية لغير الله تعالى .

(ب) الاستعمار بشتى أنواعه محرم تحريما قاطعا وهو من أسوأ أنواع الاستعباد وللشعوب التى تعانى الحق الكامل فى التحرر منه وتقرير المصير ، وعلى جميع الدول والشعوب واجب النصرة لهم فى كفاحهم لتصفية كل أشكال الاستعمار أو الاحتلال ، ولجميع الشعوب الحق فى السيطرة على ثرواتها ومواردها الطبيعية .

المادة الثالثة عشرة :

لكل انسان الحق فى اطار الشريعة فى حرية التنقل ، واختيار محل اقامته داخل بلاده أو خارجها وله إذا اضطهد حق اللجوء إلى بلد آخر وعلى البلد الذى لجأ اليه أن يجيره حتى يبلغه مأمنه مالم يكن موجب اللجوء اقتراف فعل يعتبر مخالفا للمقتضيات الشرعية .

المادة الرابعة عشرة :

العمل حق تكفله الدولة والمجتمع لكل قادر عليه ، وللانسان حرية اختيار العمل اللائق به مما تتحقق به مصلحته ومصلحة المجتمع ، وللعامل حقه فى كافة الضمانات المتعلقة بالامن والسلامة ، ولايجوز تكليفه بما لا طاقة له به أو استغلاله أو الاضرار به ، وله أن يتقاضى أجرا عادلا مقابل عمله دون تأخير وله الاجازات والعلاوات والترقيات التى يستحقها ، وهو مطالب بالانخلاص والالتقان ، وإذا اختلف العمال واصحاب العمل فمن حقهم على الدولة أن تتدخل لرفع الظلم واقرار الحق والالزام بالعدل دون تحيز .

المادة الخامسة عشرة :

للإنسان الحق في التجارة المشروعة ، دون احتكار أو غش أو اضرار بالغير .

المادة السادسة عشرة :

أ (لكل انسان الحق في التملك بالطرق الشرعية سواء وحده أو بالاشتراك مع غيره ، كما أن له التمتع بحقوق الملكية بما لا يضر به أو بغيره من الافراد أو المجتمع ، ولا يجوز نزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض فوري عادل .

ب (تحرم مصادرة الاموال في كل الاحوال إلا بمقتضى شرعى .

المادة السابعة عشرة :

لكل انسان الحق في الانتفاع بشمرات انتاجه العلمى أو الادبى أو الفنى أو التقنى ، ولكل من ساهم في ذلك الانتاج الحق في حماية مصالحه الادبية والمالية الناشئة عنه على أن يكون هذا الانتاج غير مناف لاحكام الشريعة .

المادة الثامنة عشرة :

أ (لكل انسان على مجتمعه ودولته حق الرعاية الصحية والاجتماعية ماثية. جميع المرافق العامة التى يحتاج اليها فى حدود الامكانيات المتاحة .

ب (تكفل الدولة لكل انسان حقه فى عيش كريم يحقق له تمام كفايته وكفاية من يعوله ويشمل ذلك المأكل والملبس والسكن والتعليم والعلاج وسائر الحاجات الاساسية .

المادة التاسعة عشرة :

أ (لكل انسان الحق فى أن يعيش آمناً على نفسه وأهله وعرضه وماله .

ب (وللإنسان الحق فى الاستقلال بشئون حياته الخاصة فى مسكنه واسرته وماله . واتصالاته ، ولا يجوز التجسس عليه أو الرقابة أو الاساءة إلى

سمعته ويجب على الدولة حمايته من كل تدخل تعسفى وذلك كله ضمن أحكام الشريعة الإسلامية .

ج (للمسكن حرمة فى كل حال ولا يجوز هدمه أو مصادرته أو تشريد أهله منه . ولا يجوز دخوله بغير إذن أهله أو بصورة غير مشروعة .

المادة العشرون :

أ (المسئولية فى أساسها شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .
ب (المتهم برىء حتى تثبت أدانته بمحاكمة عادلة تؤمن له فيها كل الضمانات الكفيلة بالدفاع عنه ، ويفسر الشك لصالحه .

المادة الحادية والعشرون :

لا يجوز بغير موجب شرعى ، القبض على انسان أو تقييد حريته أو نفيه أو عقابه ، ولا يجوز تعريضه للتعذيب البدنى أو النفسى أو لاي نوع من المعاملات المذلة أو القاسية أو المنافية للكرامة الانسانية . كما لا يجوز اخضاع أى فرد للتجارب الطبية أو العلمية إلا برضاء وبشرط عدم تعرض صحته وحياته للتضرر ، كما لا يجوز سن القوانين الاستثنائية التى تخول ذلك للسلطات التنفيذية .

المادة الثانية والعشرون :

لا يجوز أخذ الرهائن للابتزاز للضغط على انسان لتسليم نفسه .

المادة الثالثة والعشرون :

أ (لكل انسان الحق فى حرية الرأى والتعبير بكل وسيلة وفى حدود المبادئ الشرعية .
ب (لكل انسان الحق فى الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وله أن يشترك مع غيره من الأفراد أو الجماعات فى ممارسة هذا الحق ، وذلك كله وفقا للشريعة الإسلامية ، وعلى الدولة والمجتمع تقديم العون والحماية اللازمين .

- (ج) الاعلام ضرورة حيوية للمجتمع ، ويحرم استغلاله وسوء استعماله وكل مامن شأنه الانحلال بالقيم أو أى شىء يعود على المجتمع بالتفكك أو الانحلال أو الضرر أو زعزعة الاعتقاد .
- (د) لاتجوز اثاره الكراهية القومية أو العنصرية أو كل مامن شأنه أن يؤدى إلى التحريض على التمييز العنصرى بكافة اشكاله .

المادة الرابعة والعشرون :

- (أ) الناس سواسية أمام الشرع ، يستوى فى ذلك الحاكم والمحكوم .
- (ب) حق اللجوء إلى القضاء مكفول للجميع .

المادة الخامسة والعشرون :

- (أ) حرية المجتمع واجب لضمان الحقوق الاساسية للانسان والولاية امانة يحرم الاستبداد فيها وسوء استغلالها تحريما قاطعا .
- (ب) لكل انسان حق الاشتراك فى ادارة الشؤون العامة لبلاده بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، كما أن له الحق فى تقلد الوظائف العامة وفقا للاحكام المرعية .

المادة السادسة والعشرون :

- كل الحقوق والحريات المقررة فى هذه الوثيقة مقيدة باحكام الشريعة الإسلامية .

المادة السابعة والعشرون :

- الشريعة الإسلامية هى المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أى مادة من مواد هذه الوثيقة .

المادة الثامنة والعشرون :

- تعمل الدول الاعضاء فى منظمة المؤتمر الاسلامى على اتخاذ جميع الاجراءات اللازمة لتطبيق احكام هذا الاعلان .

الفصل الثانى فى الاجتهاد السلطانى (المعاهدات)

المعاهدات — لغة وفقها :

. يقولون فى اللغة إن المعاهدة والاعتقاد والتعاهد والتعهد واحد وهو أحداث العهد بما عهده .

وكما أن اللغة العربية تتضمن فى العهد عدة مصطلحات بعضها يجرى استعماله والبعض الآخر أقل استعمالا فإن لغة القانون الدولى المعاصر تتضمن — إلى جانب « معاهدة » — عدة مصطلحات أخرى كمرادف للتعبير مثل الوفاق والعهد والميثاق . ويحاول البعض أن يعطى لكل لفظ من هذه الالفاظ معنى يخالف اللفظ الآخر ولكنها محاولات غير دقيقة . قد يكون هناك بعض المنطق فى القول بأن العمل الدولى يتجه إلى استعمال مسميات معينة للتدليل على أهمية الوثيقة ولكن التعبيرين اللذين يستحقان بعض البيان هما : (١) تعبير « لحق — بروتوكول » ويستخدم أحيانا ليعنى وثيقة مكمل للمعاهدة . كما قد يستخدم للإشارة إلى وثيقة وجيزة تسجل مفاوضات أجريت بشأن المعاهدة مثل « لحق » — بروتوكول — الاسكندرية سنة ١٩٤٤ الذى كان مقدمة لاتفاقية جامعة الدول العربية سنة ١٩٤٥ .

(٢) الوفاق البابوى concordat وهو اتفاق يرم بين البابا بوصفه رئيسا للكنيسة الكاثوليكية وبين دولة أخرى بقصد حماية مصلحة الكنيسة فى الدولة المعنية ، ويذهب البعض إلى أن هذه الوفاقات البابوية ليس لها طبيعة المعاهدات الدولية .

كذلك من التعبيرات التى ترد فى لغة السياسة تعبير Gentlemen agreement الذى شاع فى الفقه العربى تسميته « باتفاق الجنتلمن » فى حين أن العرب

عرفوا مثيله باسم « اتفاق الشرفاء » وهو اتفاق يتم بين القائمين بالشئون الخارجية لدولتين أو أكثر لإثبات منهج تنهجه دولهم في امر دولي معين دون اى ارتباط قانوني .

والمعاهدة في الفقه المعاصر كما عرفت ا اتفاقية فينا للمعاهدات هي اتفاق دولي يبرم بين دول في صياغة مكتوبة ويحكمه القانون الدولي سواء احتوته وثيقة واحدة أم اكثر وأيا كان مسماه .

ولكن لفظ معاهدة ليس هو الجارى في استعمال الفقهاء المسلمين ، ولعل مرجع ذلك أن القرآن الكريم لم يذكره . وإنما جرت لغة النظرية الإسلامية بالفاظ « عهد » و « ميثاق » و « موثق » . كما استخدمت في هذا المعنى احيانا — وفي نطاق محدود — لفظة « أمان » . ولما كنت أعتبر أن الأمان — حسبما يشرحه الفقه التقليدى — ليس بمعاهدة للأسباب التى أذكرها فيما بعد . فأتناول اللفظين الجارين — العهد والميثاق — ببعض التوضيح ، وأبدأ بلفظة « العهد » وأضيف فى ذلك إلى ماسبق أن « الزجاج قال مأدري ماالعهد وقال غيره العهد كل ماعوهد الله عليه وكل ماين العباد من مواثيق ويقال عهد إلى فى كذا أى أوصانى . وقوله عز وجل ألم أعهد اليكم يابنى آدم يعنى الوصية والامر والعهد الذى يكتب للولاية وهو مشتق منه والجمع عهود ... والعهد الموثق واليمين يحلف بها الرجل ... وتقول على عهد الله لإفعلن . كذا ومنه قوله تعالى وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم وقيل ولّى العهد لانه ولّى الميثاق الذى يؤخذ على من بايع الخليفة والعهد ايضا الوفاء وفى التنزيل وماوجدنا لاكثرهم من عهد اى من وفاء قال ابو الهيثم العهد جمع العهدة وهو للميثاق واليمين التى تستوثق بها ممن يعاهدك وإنما سمي اليهود أهل العهد للذمة التى اعطوها .. » (لسان العرب ج ٤ ، ص ٣٠٥ — ٣٠٨) .

أما المعنى اللغوى للميثاق فهو من الموائقة والمعاهدة « ومنه الموثق تقول واثقته بالله لافعلن كذا وكذا ويقال استوثقت من فلان وتوثقت من الأمر إذا أخذت فيه بالوثاقة والموثق من الوثاق من الشحير الذى يعول الناس عليه

إذا انقطع الكلاً والشجر وفي الميثاق الثقة والوثاقة مصدر الشيء الوثيق المحكم والفعل اللازم .. والوثق والميثاق العهد صارت الواوياء لانكسار ما قبلها والجمع الموثيق ... والميثاق العهد مفعال من الوثاق وهو في الاصل جبل أو قيد يشد به الأسير والدابة ... » (لسان العرب ، ج ١٢ ، ص ٢٥٠ — ٢٥١) .

وحرى بالذكر أن العمل الدولي المعاصر قد كرم التعبيرين اللذين برزا في الفقه الإسلامي — العهد والميثاق — فاستخدمهما كمسمى لخطر معاهدتين في تاريخ التنظيم الدولي فاطلق على المعاهدة التي أنشأت عصبة الام مسمى « عهد العصبة » كما اطلق على المعاهدة التي انشأت الامم المتحدة مسمى « ميثاق الامم المتحدة » . ولكن أهذه مصادفة أم أن وراءها امرا وحكمة . ذلك ماأناقشه في موضع آخر من هذا البحث .

معاهدات العرب في جاهليتهم :

عرف العرب في جاهليتهم المعاهدات تحت مسمى « الأحلاف » وقد قامت « الأحلاف في شكل اتحادات واتفاقات بين قبائل وأفخاذ منتمية إلى قبائل مختلفة تشكل بموجبها هذه الاتحادات كتلة تغدو وكأنها وحدة قائمة بذاتها . ولو استقرأنا تاريخ العرب قبل مجيء الإسلام لرأينا شواهد حية على دوام الأحلاف سنين طويلة إلى درجة أن يصبح المتحالفون بعد ابرامها وكأنهم قوم واحد فيحملون اسما مشتركا ، أو كأنهم ينحدرون من اصل واحد » محمود عبد المولى — أنظمة المجتمع والدولة في الإسلام ، الشركة التونسية للتوزيع ، ١٩٧٣ ، ص ٢٨ — ٢٩) . أى أن الأحلاف كانت تحقق أحد هدفين كبيرين : اتحادا قبليا أو تنظيما اتفاقيا . فان كان اتحادا عين رئيس أعلى له يسمى رئيس الأحاليف . وهو أقرب مايكون إلى مانسميه اليوم بالسلطة المركزية .

ويرى بعض اللغويين أن هناك رابطة معنوية بين مراسم التحالف واستعمال كلمة « حلف » أى قسم اليمين باسم الشرف أو اللات والعزى . ذلك أن هناك مراسم ذات صفة دينية يجربها المتحالفون .

أما احلاف التنظيم الاتفاقى فكانت على نوعين :

(١) المساندة وهى تماثل الاحلاف العسكرية المعاصرة حيث يتفق المتعاهدون على أن يوحّدوا عملياتهم العسكرية ضدّ عدو مشترك ويتقاسمون الغنيمة . وقد جرى العرف الغالب على أن تكون قياداتهم غير موحدة أثناء القيام بتلك العمليات العسكرية .

(٢) المودعة ، وهى وفاق سلام يتعهد أطرافه بالكف عن اى عمل من أعمال العدوان أو الاستثارة ضد بعضهم البعض . أو تنظيم علاقات ودية تتناول نواحي الحياة العملية المختلفة شأن المودعات الاوروبية اليوم . ويستعمل العرب لوصف تلك العلاقات الشاملة للاقتصاد والاجتماع لفظة تجمع كل هذه المعانى فيقولون « إن بنى فلان نزول فى بنى فلان » .

ويمكن أن نضيف أيضا حلف المباهلة ، أى معاهدات الصداقة . ومن اشهر الاحلاف التى عرفها العرب فى جاهليتهم حلف الفضول من بنى هاشم وبنى عبد المطلب وزهرة وتيم وهو حلف تعاهدت فيه هذه القبائل على أن تنصر بعضها بعضا . ويروى ابن هاشم أن سبب قيام الحلف هو تكرار عدوان بعض القرشيين على زوار مكة فاجتمعت قبائل الحلف فى بيت عبد الله بن جدعان وعقدوا حلفهم لنصرة المظلوم حتى يستتب الامن والطمانينة فى مكة وينتظم البيع والشراء ، وأعود إلى هذا الحلف مرة أخرى فيما بعد .

معاهدات العرب فى اسلامهم :

أرى من المناسب هنا أن اورد كلمة عن أنواع المعاهدات فى النظرية الإسلامية، فهذا يعين على مزيد من فهم أحكام النظرية .. وأرى بادىء ذى بدء أن الفت النظر إلى أن تنوع المعاهدات لايعنى أنها تختلف من جهة الشروط العامة الاساسية بل من حيث الاثر القانونى . ولكنها توضح من الناحية التطبيقية

كيفية الحكم على السلامة الشرعية لكل نوع على حدة . ثم إن الكلام هنا لا يدعى أنه يقدم عرضاً على وجه الحصر لأنواع المعاهدات التي عرفها الدولة الإسلامية وإنما يقصد أن يقدم نماذج لأهم أنواع تلك المعاهدات لاسيما في صدر الإسلام . ويمكن أن اجمل تلك الانواع في الفئات التالية :

(أ) معاهدات الصداقة ، وهي المعاهدات التي تبرم بين دولة اسلامية ودولة اسلامية اخرى وكذا المعاهدات التي تبرم مع ما يطلق عليه الفقه الشافعي دار العهد أو دار الصلح . ويمكن أن اضيف إلى ذلك معاهدات الامان إذا كان طرفاها هم الدولة الاسلامية ودولة اجنبية .

وإذا كان الشافعي قد أقام فكرة دار الصلح على مفهوم دفع الجزية فإننا نستطيع اليوم أن نقر الفكرة دون أن نربطها حتما بدفع الجزية وإنما ننسبها إلى علاقات الود وتصورات الحياد لأن هذا هو ما يقضي به الاستحسان في الظروف الدولية المعاصرة ، وهذا أيضا هو ما أجازته نفر من الفقهاء المسلمين على أساس أن الأصل في علاقات الدول الاسلامية بغيرها هو السلام لا الحرب (قارن أبا عبد الله محمد بن ادريس الشافعي — الأم ، ج ٤ ، طبعة كتاب الشعب ، ص ١٠٣ — ١٠٤) .

ومعاهدات الصلح قريية جدا من معاهدات Foedus عند الرومان التي كانت تبرم مع العدو الذي لم تتمكن روما من هزيمته هزيمة كاملة ولم تستطع أن تفرض عليه التسليم .

ومعاهدات الامان هي المعاهدات التي تسمح للأجانب بدخول دار السلام (الدولة الإسلامية) إذا لم يكن مأذونا لهم بذلك بناء على معاهدة صلح أو حسن جوار . وغالبا ما يكون هؤلاء الأجانب ممن تسميهم النظرية الإسلامية التقليدية بالحريين الذين يصبحون بهذا الامان مستأمنين . وهؤلاء يجب عليهم أن يحترموا أمن الدولة الإسلامية وسلامة اراضيها فان هم نقضوا ذلك كأن اشتغلوا بالجاسوسية أو نقلوا عتادا حريبا أو اسلحة من أو إلى دار السلام وانجروا فيما يحرم التعامل فيه في دار السلام أو انتهكوا أحكام قوانينها خرجوا

بذلك عن مقتضى الامان الممنوح لهم . وقد يصدر الامان بارادة الدولة الاسلامية الفردية ، عندئذ يمكن أن نطلق عليها مسمى « السجل » ومثال ذلك العهد المنسوب لعمر . ولكن هذه لاتعتبر معاهدة في المفهوم الذى نستلهمه في هذه الدراسة والامان قريب من نظام سبقه عند الاغريق باسم Meteoc وعند الرومان باسم Hospitium privatum للسماح للاجئى بالاقامة المطمئنة في الاقليم الاغريقى أو في روما .

(ب) معاهدات حسن الجوار ، والاصل في هذه المعاهدات عهد المدينة الذى آخى فيه الرسول بين المهاجرين والانصار وعاهد اليهود وأقرهم على دينهم وأموالهم واشترط عليهم وشرط لهم « وأن من تبعنا من يهود فان له النصرة والاسوة غير مظلومين ولا متناصرين ... لليهود دينهم وللمسلمين دينهم ... وأن على اليهود نفقتهم وعلى المسلمين نفقتهم .. وأنه لاتتجار قريش ولا من نصرها وأن بينهم النصر على من دهم يثرب » .

ومن معاهدات حسن الجوار معاهدة الرسول مع نصارى نجران وفيها التزامات على نصارى نجران للرسول كما يضمن الرسول « لنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبى رسول الله على أموالهم وأنفسهم وملتهم وغائبهم وشاهدتهم وعشيرتهم وبيعهم وكل ماتحت ايديهم من قليل أو كثير لا يغير أسقف من اسقفية ولا راهب من رهبانيتها ولا كاهن من كهانته وليس عليهم دية ولا دم جاهلية ولا يحشرون ولا يعشرون ولا يبطأ أرضهم جيش .. » كذلك جاء في المعاهدة التى ابرمت بين عبد الله بن أبى سرح وعظيم التوبة مانصه « انكم معشر التوبة آمنون بأمان الله ورسوله محمد النبى ﷺ أن لا تخاربكم ولا ننصب لكم حربا ولا نغزوكم ما أقمت على الشرائط التى بيننا وبينكم » .

وجدير بالذكر أن العباسيين أبرموا معاهدات مع الروم بقصد وقف انتهاك التخوم المشتركة التى كان يسهل انتهاكها بسبب عدم وجود عائق طبيعى . والحق أننا لانستطيع أن نوجد فرقا واضحا بين الفتيتين السالفتين لان الأمان في

أغلب الظن هو التصور الإسلامي لنظام الجوار الذي عرفه العرب في جاهليتهم . كما أن الفقه التقليدي لم يقدّم فصلاً واضحاً بين المودعة — وهي وفاق سلام يتعهد عاقدوه بأن يكفوا عن أى عمل من أعمال العدوان أو الاستشارة ضد بعضهم البعض — وبين المهادنة التي يمثلون لها بصلح الحديبية الذي اتخذ منه فقهاء المسلمين مثلاً يحتذى وأساساً لسن أحكام المعاهدات .

ج — المهادنة : وهادنة مهادنة صالحه والاسم منها الهدنة وفي الحديث أن النبي ﷺ ذكر الفتن فقال بعدها هدنة على دخن وجماعة على اقداء . وأصل الهدنة السكون بعد النهج ويقال للصلح بعد القتال والمودعة بين المسلمين والكفار وربما جعلت للهدنة مدة معلومة فإذا انقضت المدة عادوا إلى القتال .

د — الفداء ، وهي معاهدات عرفت في العهد العباسي بقصد الافراج عن اسرى الحرب سواء كان ذلك الافراج عن اسرى المسلمين مقابل اسرى العدو أم لقاء مبلغ محدود يكون فداء . ويبدو أن الافراج عن اسرى الحرب في العهد الاموي كان يتم على مستوى فردي ولم يكن له نظام مرتب كمعاهدات الفداء العباسية .

ويقول القلشقندي إن الهدنة رتبها عند قوة السلطان متأخرة عن عقد الجزية لان في الجزية مايدل على ضعف المعقود له وفي الهدنة مايدل على قوته . (صحيح الاعشى . ج ١٤ . ص ١ — ٤) .

وترادف المهادنة الفاظ أخرى :

احدها — المودعة ومعناها المصالحة ايضاً اخذاً من قولهم : عليك بالمودع يريدون بالسكينة والوقار . وقد تكون راجعة إلى معنى السكون . وإما اخذاً من توديع الثوب ونحوه وهو جعله في صوان يصونه لانه بها تحصل الصيانة عن القتال . وإما اخذاً من الدعة ، وهي الخفض والهناء لان بسببها تحصل الراحة من تعب الحرب وكلفه كما أسلفت .

الثانى — المسألة ومعناها ظاهر لأن بوقوعها يسلم كل من أهل الجانبين من الآخر ، فهى عدم الاعتداء .

الثالث — المواضعة . سميت بذلك لأن الكاتب يضع ما وقع عليه الصلح من الجانبين . على أن الكتاب يخصون لفظ المواضعة بما إذا كانت المهادنة من الجانبين . ولا شك أن ذلك جار فى لفظ الموادعة والمسألة والمباهلة أيضا لأن المفاعلة لا تكون إلا بين اثنين عدا فى الفاظ قليلة محفوظة على ما هو مقرر فى علم العربية .

أما لفظ الهدنة فانه يصدق أن يكون من جانب واحد . بأن يعقد الأعلى الهدنة لمن هو دونه على أنها عند التحقيق ترجع إلى معنى المفاعلة ، إذ لا تصور إلا من اثنين .

وأما فى الشرع فعبرة عن صلح يقوم بين زعيمين فى زمن معلوم بشروط مخصوصة . والأصل فيها أن تكون بين ملكين مسلم وكافر . أو بين أحدهما ونائب الآخر .

وعلى ذلك رتب الفقهاء باب الهدنة فى كتبهم . وقال صاحب « مواد البيان » « وقد يتعاقد عظماء أهل الاسلام على التوادع والتسالم واعتقاد المودة والتصافى والتوازر والتعاون والتعاقد والتناصر ويشترط الاضعف منهم للاقوى تسليم بعض ما فى يده والتفادى عنه بمعاطفته والانقياد إلى اتباعه . والطاعة والاحترام فى المخاطبة . والمجاملة فى المعاملة . أو الامداد بجيش . أو امتثال الأوامر والنواهي وغيرها مما لا يحصى » .

واستملح أن اورد هنا — كنموذج للايضاح — صيغة العهد الذى أبرم بين أبى موسى الاشعري كحكم عن على بن أبى طالب وعمرو بن العاص كحكم عن معاوية فهى صورة للمعاهدة بين وحدتين سياسيتين مسلمتين فى ضحى الإسلام وهى صورة كانت نادرة عهدئذ . كتب فى العهد بعد البسملة : « هذا ماتقاضى عليه (وهى عبارة تتردد كثيرا فى المعاهدات

الإسلامية المبكرة) ، على بن ابى طالب ومعاوية بن أبى سفيان وشيعتهما فيما تراضيا من الحكم بكتاب الله وسنة نبيه محمد ﷺ . قضية على على أهل العراق ومن كان من شيعته من شاهد وغائب ، وقضية معاوية على أهل الشام ومن كان من شيعته من شاهد أو غائب . أنا رضينا أن نترك عند حكم كتاب الله بيننا حكما فيما اختلفنا فيه من فاتحته إلى خاتمته نحى مآحيا ونميت مأمات على ذلك تقاضينا . وأن عليا وشيعته رضوا أن يبعثوا عبد الله بن قيس ناظرا ومحكما ورضى معاوية وشيعته أن يبعثوا عمرو بن العاص ناظرا ومحكما على أنهم اخذوا عليهما عهد الله وميثاقه واعظم ما اخذ على احد من خلقه ليتخذان الكتاب اماما فيما بعثا له لا يعدوان إلى غيره في الحكم بما وجدا فيه مسطورا ومالم يجداه مسمى في الكتاب رداه إلى سنة رسول الله الجامعة لا يتعمدان لها خلافا ولا يتبعان في ذلك لهما هوى ولا يدخلان في شبهة . وأخذ عبد الله بن قيس وعمرو بن العاص على على ومعاوية عهد الله وميثاقه بالرضا بما حكما من كتاب الله وسنة نبيه ليس لهما أن ينقضا ذلك تخالفا إلى غيره ، وانهما آمانان في حكومتها على دعائهما وأموالهما واهليهما مالم يعدوا الحق رضى بذلك راض أم انكر وان الأمة انصار لهما على ما قضيا به من العدل ... » .

ويلاحظ على هذا العهد الذى يقابل مانسميه اليوم بمشارطة التحكيم أنه جعل مرجع الحكيم كتاب الله وسنة رسوله ولم يسمح لهما باجتهد خاص .

هل الأمان معاهدة ؟

لقد اثار هذا السؤال فى نفسى ملاحظته من أن الكتابات التى تناولت دراسة المعاهدة فى الشريعة الإسلامية تفرد للأمان بحثا يكاد يغطى كل ماتقدمه تلك الكتابات من عرض تحت عنوان المعاهدة بحيث أننا إذا استبعدنا ماتذكره عن أحكام الامان لفرغت الدراسة من جل الاحكام فلا يبقى للباحث ما يقرأه تحت العنوان . وكانت تلك مشكلتى إذ أنى اسقطت أحكام الامان من نظرية المعاهدة فى الشريعة الإسلامية فاذا بي أمام بحث بلا مراجع وعنوان بلا مصادر . والامان هو ضمان الامن الحرى ، وهو ضمان يخول الحماية اثناء

إقامته في دار الإسلام ، إذ يصبح الحربى بهذا الامان مستأمناً . و شرط الامان عدم الضرر على المسلمين فيه والا تزيد مدته — اى الامان — على عشر سنين . على خلاف فى رأى (منصور بن يونس بن ادريس البهوتى — شرح منتهى الارادات ج ٢ والمؤلف توفى بالقاهرة سنة ١٠٥١ هـ اما الكتاب فطبعة القاهرة ١٩٤٧ . ص ١٢٢ ، ١٢٣) والفقهاء المؤلف حنبلى ولذلك اجاز امتداد الامان لعشر سنوات وأما المذاهب الاخرى فترى أن الامان لا يصح أن يتجاوز عاما واحدا لان الحربى يصير بعد ذلك ذميا عليه أن يدفع الجزية . « ولاهل العهد إذا دخلوا دار السلام الامان على نفوسهم وأموالهم ولهم أن يقيموا فيها أربعة أشهر بغير جزية ، ولا يقيمون سنة إلا بجزية ، وفيما بين الزميين خلاف » (نقلا عن أبى الحسن على بن محمد بن حبيب المارودى — الاحكام السلطانية — القاهرة ١٩٦٠ ، ص ١٤٦) . ويصح الامان منجزا كقولك أنت آمن ويصح معلقا لقوله ﷺ يوم فتح مكة « من دخل دار ابى سفيان فهو آمن » ويصح الامان من الامام ولجميع المشركين لعموم ولايته ، ويصح من امير لاهل بلدة جعل بازائهم لعموم ولايته فى قتالهم ويصح من كل احد لقافلة وحصن صغيرين عرفا ، واختار ابن البنا مائة فأقل . فان كان لاهل بلد أو رستان (اى موضع فيه قرى او بيوت مجتمعة) أو جمع كبير لم يصبح من غير الامام أو نائبه بازائهم لانه يفضى إلى تعطيل الجهاد والافتئات عليه . والرأى عندى — الذى اختلف فيه كثيراً ممن تناولوا الأمان بالدراسة — أن الامان ليس معاهدة بل وليس عقداً وإنما هو تصرف من تصرفات الارادة المنفردة ، ذلك أن الامان يتم بأية كلمة او اشارة تدل عليه . فهو يصح بالقول كسلام أو انت آمن او بعضك آمن وقوله لا بأس عليك وأجرتك . ويصح الامان بالاشارة التي تدل عليه كامرارة يده عليه كلها أو بعضها او باشارة بسبابه إلى السماء مع امكان نطقه لقول عمر « لو أن أحدكم اشار باصبعه إلى السماء إلى مشرك فنزل اليه فقتله لقتلته » ويصح برسالة أو كتابة .

ان الامان عهد قد يكون خاصا يصدر عن افراد المسلمين ليؤمن الحربى على

حماية ماله لفترة معلومة ، ومن ثم فهو ليس بمعاهدة . ليس فقط لان ما يصدر عن فرد هو المؤمن لصالح فرد هو المستأمن هو تصرف غير دولي ، وهو كذلك لانه تصرف من جانب واحد unilateral هو مانح الامان ، في حين أن المعاهدة تصرف ثنائي bilateral . ولذلك نقيت عن الامان مسمى المعاهدة حتى ولو كان الامام أو نائبه هو مانح الأمان مادام أن المستفيد شخص ولذا فإني قد اعفيت البحث هنا من تفصيل في أحكام الأمان . حقيقى أن البعض يذهب إلى أن الامان عقد ولكن الصحيح في نظرى أن طلب الحرية للامان لا يعتبر ايجابا في عقد وإنما هو استدعاء لصاحب الحق الذى له ان يمنحه أو يرفضه ، ذلك أن عرض الحرية لا يتجه إلى احداث الآثار القانونية المترتبة على الامان لان ارادته لا تملك احداث هذه الآثار ، ولعل الذين وصفوا الامان بأنه عقد متأثرون بهوية القدامى في تكييف كافة علاقات القانون العام على انها عقود . إن ما يميز به الامان — إذا كان المؤمن فردا — ليس هو الصبغة الدولية للتصرف وإنما هو انه تصرف من تصرفات القانون العام . فكأن الفرد المسلم يملك احيانا ممارسة بعض السلطات العامة بتفويض من الاحكام الشرعية مباشرة وليس لانه يتولى سلطة عامة ، والامان صورة تضرب للتدليل على هذه الفكرة . وبد هي كذلك — وللاسباب ذاتها — أن انتهى إلى ان الامان ليس عقدا وأقصد بالعقد هنا العقد بمعناه الخاص لان للعقد عند الفقهاء معنى اعم إذا يطلق على الالتزام مطلقا سواء كان من طرفين أم من طرف واحد . (انظر محمد مصطفى شلى — المدخل في التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ، القاهرة ١٩٦٢ ص ٣٦٧) .

وتفصيل تلك الملاحظة يدخل في دراسات القانون العام ولذا فإني اجتزئ فيها بالتلميح دون التوضيح ولى عودة إلى الامان عند الكلام عن حقوق الفرد في النظرية الإسلامية . أما إذا اتخذ الامان صورة وفاق بين دولتين — دولة الإسلام ودولة العهد فإنه يصبح بذلك معاهدة ، بيد أنه لا يتميز في هذه الحالة عن أية معاهدة أخرى ويخضع للأحكام العامة التى تقررها النظرية الإسلامية في المعاهدات .

اننى اخلص مما قدمت إلى أن العهد أو المعاهدة فى النظرية الإسلامية يتميز
عن العقد من حيث اطرافها فهم اشخاص القانون الدولى ومن حيث
موضوعها فهى علاقة من العلاقات الدولية ذات الاثر الجوهري على الجماعة
الدولية .

تعليق :

إن ماقدمته من صور للمعاهدات الإسلامية لم أقصد من ورائه أن أقدم
تصنيفا يذكر تلك الصور على سبيل الحصر إذ ليس هناك من مانع أن تقسم
المعاهدات فى الإسلام على اساس آخر فنقول إن المعاهدات قد تكون تجارية
لتنظيم المبادلات التجارية الخارجية وقد تكون سياسية لأنها تعالج شئوننا سياسية،
وهكذا . ذلك أنه لا مانع شرعا من عقد معاهدات لأى غرض من أغراض
التعاهد الدولى بغية اقرار العلاقات السلمية وتثبيت دعائم السلام بين الدولة
وتبادل المنافع درءاً لاحتتمالات العدوان .

والنظرية الإسلامية لا بد أنها تتقبل كافة صور المعاهدات مادام أنها لا تحل
حراما ولا تحرم حلالا .

طبيعة المعاهدات :

من الفقهاء الدوليين من يكيف المعاهدة على أنها عقد كأى عقد ومنهم من
ينكر ذلك ويرى فيها صورة من صور التشريع الدولى ومنهم من يهيج نهجا
وسطا فيرى أن من المعاهدات ما هو عقد ومنها ما هو تشريع . فما هى طبيعة
المعاهدة اذن فى النظرية الإسلامية ، أهى عقد أم تشريع أم هى بين هذا وذاك ؟
يبدو لى أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد استهوتهم فكرة العقد فاعتبروا كافة
العلاقات العامة التى تربط الحاكم والمحكوم عقودا . فالببيعة—على رأى —
عقد وأحكام الذمين عقد، وهكذا . وتبعاً فان فكرة العقد تلعب فى النظرية
الإسلامية دورا أهم من الدور الذى تلعبه فى الدراسات القانونية المعاصرة .
ولذا فأننى عندما اطرح تساؤلى عما إذا كانت المعاهدات جميعها تعتبر تشريعا

أم أنها أو بعضها عقد فائما اطرح هذا التساؤل بمفهوم الفقه الزمنى للعاصر عن العقد وهو « ارتباط ايجاب وقبول على وجه مشروع يثبت اثره في المعقود عليه وهذا الاثر هو خروج المعقود عليه عن حالته الاولى إلى حالة جديدة » (صبحى الصالح — النظم الاسلامية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ٢٣٨) .

لا جدل في أن علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول قد تقتضى إبرام اتفاقيات دولية هي في الحقيقة عقود وليست معاهدات ، فلو أن الدولة الإسلامية أبرمت مع دولة أخرى — اسلامية أو غير اسلامية — اتفاقا لشراء بعض المنتجات الزراعية مثلا فان هذا الاتفاق هو عقد دولى وليس معاهدة . ذلك أن الاتفاق لا يكون معاهدة الا إذا تضمن احكاما نمطية تنظم علاقة قانونية ، وفي قول آخر فان المعاهدة صورة من صور التشريع ولكنها صورة دولية أو دليل من أدلة القانون الدولى . وتبرم الدولة هذه المعاهدة بما لها من ارادة شارعة فقد سبق أن قلت إن للدولة ارادة شارعة ثانوية تستطيع بمقتضاها أن تشرع فى الفروع أى حيث المجال المفتوح للاجتهد . ولذا فان المعاهدة — من هذه الناحية — تعد اجتهادا ينطبق عليه حكم الاجتهاد ولكنه اجتهاد سلطانى إذ تعتمد على سطوة الحاكم فى اصفاء القوة الملزمة عليها وتستند إلى ارادة ولى الامر فى جعلها تشريعا تلتزم به الدولة . أما إذا أبرم اتفاق حول احكام فى الاصول — حيث لا تملك الدولة أن تجتهد — فان الصورة التشريعية للمعاهدة هنا تستمد من الارادة الالهية الشارعة ويكون دور الدولة فيها دور المقرر . ومن ثم فان الاتفاق هنا لا يعتبر معاهدة بالمعنى الفنى للتعبير لان الالتزام بما جاء فيه من أحكام لا يستند إلى المعاهدة ولا يستمد منها بل إننا فى غنى كلية عن المعاهدة لتقرير القوة الملزمة لتلك الأحكام ، وهكذا فان هذه الوثيقة تعتبر معاهدة من الناحية الشكلية فحسب .

ولذا فان الدور التشريعى الذى تقوم به المعاهدة فى النظرية الإسلامية يختلف عن الدور التشريعى الذى تقوم به المعاهدة فى القانون الدولى الحديث . ذلك ان الارادة الشارعة الاصلية فى النظرية الإسلامية هي لله تعالى أما الارادة

الشارعة التي تملكها الدولة فهي ارادة شارعة ثانوية لان ماتبرم من معاهدات هو اجتهاد لاستنباط أحكام الارادة الإلهية الشارعة وليست تعبيرا مباشرا عن تلك الارادة السماوية . ويمكن ترتيبا على هذا أن أقول إن المعاهدات في النظرية الإسلامية تنقسم — من حيث طبيعة المعاهدة — إلى قسمين رئيسين :

١ — المعاهدات التي أبرمها الرسول ﷺ ، وهذه معاهدات شارعة تؤدي دورا تشريعيا بالمعنى الدقيق لتعبير التشريع من حيث أنها مثبتة للارادة الإسلامية الشارعة . ولما كانت معاهدات الرسول شريعة للمسلمين فإن مايرمه الرسول يعتبر — شفاة كان أم كتابة — هو معاهدة استثناء من التعريف العام للمعاهدات لأنها بصورتها تعبیر عن ارادة شارعة عليا — ويمكن أن اضيف إلى هذه المجموعة المعاهدات التي يبرمها الامام عند الشيعة . ذلك ان الامام الشيعي — الذي يجب أن يكون من ذرية الحسن أو الحسين أى من سلالة الرسول عن طريق ابنته فاطمة — على علم بالجانب الخفي (التأويل) من الدين الذي كشف عنه النبي لأقرب اصحابه على بن أبى طالب حيث أن اتباعه لم يكونوا قادرين على فهمه . وإذا أن الامام يرث هذا السر عن اسلافه فانه يملك القدرة على اعطاء تفسير نهائي وملزم لكل من القرآن والحديث وهو يعتمد في ذلك على تأييد من الله وتبعاً فهو معصوم ولو أن تصرفاته قد تبدو للعامة أحيانا على غير الصواب لان هؤلاء العامة يجهلون البواعث العليا لتصرفاته .

٢ — المعاهدات التي يبرمها ولي الامر وتحتوى أحكاما شرعية استنبطها من ابرمها اجتهادا من الأصلين — القرآن والسنة — ولذلك فهي مصادر تشريعية استدلالية ينطبق عليها ماينطبق على الاجتهاد من احكام ... وإذا كان لي أن استخدم تعبيرا حديثا هنا فان المعاهدات التي من هذا القبيل تقوم بدور التفسير التشريعي . والفرق بين الصنفين السالفين من المعاهدات هو أن الاحكام التي تتضمنها معاهدات الصنف الاول تعتبر — فيما جاءت به من قواعد نمطية — أحكاما آمرة . يجب أن يتقيد بها ولي الامر فيما يبرمه من معاهدات الصنف

الثاني وما يكون مخالفا أو معارضا لاحكام الصنف الاول يكون باطلا . وأحب ان اوضح قولى هذا فانى اقصر الحجة على ماتضمنته أحكام الصنف الاول من احكام نمطية فحسب ، فالمدة التى امتدت اليها هدنة الحديبية مثلا لاتدخل ضمن الاحكام النمطية للمعاهدة ولذا فانها لاتعتبر — كما أوضح فيما بعد — ضمن القواعد التى يجب الالتزام بها عند ابرام المعاهدات .

وهنا نلاحظ فارقا واضحا بين النظرية الإسلامية والدراسات الوضعية ، ذلك أن من فقهاء القانون الدولى المعاصر من ينكرو وجود قواعد دولية آمرة . فى حين أن هذا الانكار لا مجال له — كما بان لنا — فى النظرية الإسلامية لان القواعد النمطية فى معاهدات الرسول ﷺ هى سنة مكتوبة أو هى حديث مكتوب وهذه فئة لم ينته اليها علماء الاصول عند تقسيمهم للسنة ، فهى سنة كتابية ولذا أضيفها إلى الأقسام التقليدية للسنة كفئة رابعة .

وقد أشارت اتفاقية فينا للمعاهدات سنة ١٩٦٩ إلى القواعد الآمرة بقولها « تعتبر باطلة كل معاهدة تكون وقت ابرامها متعارضة مع حكم آمر من أحكام القانون الدولى العام . ويعتبر لاغراض هذا الاتفاق أن حكم القانون الدولى آمر إذا قبلته وأقرته الجماعة الدولية للدول فى مجموعها بوصفه حكما لايجوز الاخلال به ولايمكن تعديله إلا بحكم جديد من أحكام القانون الدولى له الصفة ذاتها » . والمادة واضحة فى أن الارادة الدولية الشارعة هى التى تضىف الصفة الآمرة على القاعدة وتجعلها من النظام العام فى حين أن الارادة الالهية — فى النظرية الإسلامية — هى التى تضىف تلك الصفة على القاعدة العامة وذلك فارق طبيعى من حيث أن المصدر الخلاق للقاعدة القانونية فى النظرية الإسلامية هى الارادة الالهية .

الاختصاص بابرام المعاهدات :

يقول القلقشندى — بالنسبة لمن له حق ابرام المعاهدة : « ويختلف الحال فيه باختلاف المعقود عليه : فإن كان المعقود عليه اقليما كالحند والروم ونحوهما ، أو مهادنة الكفار مطلقا ، فلا يصح العقد فيه إلا من الامام الاعظم

أو من نائبه العام المفوض اليه التحدث في جميع امور المملكة ، وإن كان على بعض القرى والاطراف ، فلأحد الولاة المجاورين لهم عقد الصلح معهم » (ابو العباس احمد بن علي القلقشندي — صبح الاعشى في صناعة الانشا (مجموعة تراثنا) ، القاهرة ، ج ١٤ ، ص ٧) .

وإذن فالذي له حق التعامل باسم جماعة المسلمين هو الخليفة أو الامام بوصفه ولي الامر وهو في هذا التصور إنما يتعامل بوصفه اللسان الناطق باسم الجماعة لا بوصفه فردا ، وقد نحوله عقد البيعة هذا الحق وأضفى عليه ذلك الاختصاص . لقد عرفت النظرية الإسلامية قاعدة اصولية هي أن وحدة الامة تقتضى وحدة قيادتها أو في قول آخر فان الزعامة السياسية يجب أن تواكب الزعامة الدينية . وكان هذا هو مفهوم ابى بكر عندما شن حرب الردة . وإذا كانت هذه القاعدة قد فهمت في بدايات الاسلام على أن الخلافة أو الامامة الكبرى يجب أن تكون موحدة فان التطور الذى طرأ على الامة الإسلامية اقتضى أن تنقسم تلك الامة إلى عدة وحدات سياسية لكل امامها أو رئيسها ولكن ظلت الفكرة الاساسية وهي أن رئيس الدولة هو دليل الدولة وعنوانها . ويقول سبحانه وتعالى « يوم ندعو كل اناس بإمامهم » . وقد اختلف المفسرون في معنى الآية . وأيا كان التفسير فهو — في فهمى — لا يتعارض مع ما ذكرت من أن الفرد لا يملك أن يقيم علاقة دولية مع فرد آخر .

ثم ان استقراء التاريخ الاسلامى يبين أن أفراد المسلمين لم يرم أحدهم مطلقا وثيقة دولية أو معاهدة . وتبعا فان النظرية والواقع العملى كلاهما يشهدان بأن الفرد لا يملك اهلية ابرام المعاهدات الدولية إنما الذى يبرم هذه الوثائق هو الامام — أو نائبه — بما له من عموم الولاية .

والذى نخلص اليه مما سلف هو أن من يملك ابرام المعاهدة هو من يتمتع بالأهلية الشرعية لذلك وأن من يتمتع بتلك الأهلية هي الدولة — أو مايعادلها من وحدات سياسية — وينوب عنها في الاعراب عن تلك الأهلية الامام أو الخليفة . وللخليفة الحق في أن ينيب غيره عنه في ابرام المعاهدات .

والنائب يسمى — فى لغة الفقه الإسلامى التقليدى — بالوزير ويجب ألا نفهم الوزير هنا فى المفهوم المعاصر للوزير وإنما المقصود به الرجل المسئول الذى يتولى اختصاصات عامة لمعاونة رئيس الدولة فى مباشرة مهامه . ايا كان مسمى المنصب الذى يتولاه فى التعبيرات الحديثة . ولذلك يرى الكثيرون أن الوزير لغة مشتقة من الوزر — أى الثقل أو العبء — لأن الوزير يتحمل اعباء الحكم واثقاله ثم إن اللفظة قرآنية فقد قال سبحانه وتعالى « واجعل لى وزيرا من اهلى ، هارون اخى . أشدد به ازرى واشركه فى امرى » (سورة طه / ٢٩) .

والكلمة هنا تعنى النصير . والكلمة — فى مدلولها السياسى والقانونى — مستحدثة فى النظرية الإسلامية لأن منصب الوزير لم يستحدث إلا بعد انتصار العباسيين على الامويين فقد دعى ابو سلمة الخلال « وزير ال محمد » . والوزارة فى عهد العباسيين على قسمين : (أ) وزارة تنفيذ ، (ب) وزارة تفويض وعند ابى يعلى يراعى فى وزير التنفيذ ثمانية أوصاف : (أ) الأمانة حتى لا يخون فيما أوثمن عليه ولا يغش فيما قد استنصح فيه . (ب) صدق اللهجة حتى يوثق بخبره فيما يؤديه ويعمل بقوله فيما ينهى عنه (ج) قلة الطمع حتى لا يرتشى فيما يلى ولا ينخدع فيتساهل . (ج) أن يسلم فيما بينه وبين الناس من عداوة وشحناء . فان العداوة تصد عن التناصر وتمنع من التعاطف . (هـ) أن يكون ذكورا لما يؤديه إلى الخليفة وعنه ، لأنه شاهد له وعليه . (و) أن يكون زكيا مطيعا حتى لا يدلس عليه فيشد به الأمر عليه ، (ز) ألا يكون من أهل الاهواء فيخرجه الهوى من الحق إلى الباطل . (ح) أن يؤتى الحنكة والتجربة التى تؤدى إلى ضواب مشاركته فى الرأى ، ولذا فان الوصف الاخير لا يتطلب الا إذا كان الوزير وزير تفويض . (راجع ابو يعلى الفراء الحنبلى — الأحكام السلطانية — القاهرة ١٩٣٨ ، ص ١٥) .

ووزير التنفيذ هو همزة الوصل بين الرعية والامام يؤدي عنه فامر ويمضى ماحكم (صبحى الصالح — المرجع السابق ، ص ٣٠١) . أى أنه يعين فى تنفيذ الأمور ولكنه لا يتولاها ولا يتقلدها . فهو سفير الامام ولذا يكفى كى يتولى وزير التنفيذ مهامه أن يأذن له الامام فى ذلك لا أن يقلدوه اياها فلا يشترط فىمن يتولى وزارة تنفيذ أن يكون حرا أو عالما ، بل إن وزير التنفيذ يملك أن يكون من أهل الذمة . وهو مقصور النظر على امرين :

١ — أن يؤدي إلى الخليفة .

٢ — أن يؤدي عن الخليفة .

أما وزارة التفويض فهو أن يستوزر الامام من يفوض اليه تدبير الأمور برايه وامضائها على اجتهاده . ذلك أن ماولى إلى الامام من تدبير الأمة لا يقدر على مباشرته جميعه الا بالاستجابة . ولذا يعتبر فى تقليد هذه الوزارة شرط الامامة — عدا النسب القرشى — ولكن يحتاج فيها إلى شرط زائد على شروط الامامة وهو أن يكون من أهل الكفاية فيما وكل اليه خبرة ومعرفة بتفصيله فانه مباشر له تارة ومستنيب فيه اخرى . ولذا فلا يجوز أن يعين الذمى وزير تفويض .

يبد أن وزارة التفويض تفرق عن الامامه من وجهين : احدهما يختص بالوزير وهو مطالعة الوزير لما امضاه وأنفذه من ولاية وتقليد ، والثانى يختص بالامام وهو أن يتصفح أفعال الوزير وتديره الأمور ليقر منها مايراه صوابا ويستدرك مايجافى الصواب . ويجوز للامام أن يفوض وزير التفويض فى كل اختصاصاته عدا ثلاثة أشياء هى :

١ — ولاية العهد ، فهذا اختصاص الامام دون الوزير .

٢ — للامام أن يستعفى الأمة من الامامة وليس ذلك للوزير .

٣ — للامام أن يعزل من قلده الوزير وليس ذلك للوزير .

يبين مما سبق أن للامام أن يستعين — فى ممارسته لاختصاصاته — بمن يشاء — من تتوافر فيهم الأوصاف التى تحددها النظرية الإسلامية — سواء كان

ذلك في الشؤون التنفيذية أم في المسؤوليات الرئيسة . ومن ثم فان للخليفة — في حدود ما قدمت من شروط — أن يستتيب من يرى لابرام المعاهدات فان كان وزير تنفيذ أى ذا اختصاص تنفيذى يقوم هذا المسئول بتوقيع المعاهدة بالحروف الأولى *initalling, parapher* ولا يجوز له أن يوقع المعاهدة توقيعاً كاملاً . أما إذا كان وزير تفويض ، أى مفوض باختصاصات الامام كلها أو بعضها جاز له أن يتفاوض في حدود اختصاصه وأن يوقع المعاهدة توقيعاً كاملاً . وقد يكون توقيع المفوض بالحروف الاولى فحسب إذا انتقصت سلطات المفوض وغالباً ما يحصل هذا التوقيع عندما تكون سلطات المفاوضات أضيق من أن يقر المعاهدة أو عندما يحس بأنه في حاجة إلى مراجعة حكومته . كذلك قد يوقع المفاوضات توقيعاً يطلق عليه الفقه الغربى *ad referendum* ومعناه أن توقيع المفاوضات يعلق في أثره على الرجوع إلى حكومته لاققراره أو رفضه .

ويحق للامام في الحالين أن يتصفح ماوقع عليه وزيره — أما وزير التنفيذ فلأن اختصاصاته تنفيذية وليس له سلطة التدبير فهو إنما ينفذ ماأمره الامام به ويمضى ماحكم به الخليفة ، وأما وزير التفويض فقد سبق أن قلت إن للامام أن يراجع تصرفاته ليقر منها مايراه ويعدل أو يرفض ما يكون في تقديره قد جانب الصواب . وأفضل صورة معاصرة لوزير التفويض في هذا المقام هو وزير الخارجية وممثلو الحضرتين .

والنظرية الإسلامية — في شأن الاختصاص بابرام المعاهدات على النحو الذى أوضحته — لا تختلف عن المفاهيم العادية التى تجعل للدولة حق ابرام المعاهدة وترك لدستور الدولة ، أو نظامها الأساسى ، تحديد الجهاز الذى يمثلها في ابرام المعاهدة . فاذا لم يتضمن النظام الأساسى للدولة قاعدة فان القانون الدولى يعتبر أن رئيس الدولة هو الذى يملك تمثيل الدولة . وينص وفاق فيينا على أن رئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الخارجية يمثلون دولتهم في كل التصرفات الخاصة بابرام المعاهدة . ووزير الخارجية — بهذا النص — يعتبر وزير

تفويض ذا سلطات واسعة . أما رؤساء بعثات الحضرتين والمندوبون المعتمدون لدى المؤتمرات الدولية فلهم حق تمثيل دولهم في نطاق ما لهم من اختصاص . وقد حدد الدستور الإسلامى الجهاز المختص بتمثيل الدولة في ابرام المعاهدات في رئيس الدولة — أو ممثله — ولكن رئيس الدولة — اى الامام — ليس مطلق السلطة في ذلك فهناك قيد يرد على تلك السلطة ، ذلك هو الشورى ، قال تعالى « فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم فى الأمر » (آل عمران / ١٥٩) وقال عز من قائل « وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون » (الشورى / ٢٨) . فأمر بالشورى حتى ولو ارتكب اهلها ما يستدعى العفو والمغفرة .

لقد نزل قوله تعالى « وأمرهم شورى بينهم » في مكة — اى قبل قيام الدولة الإسلامية — فدللت بذلك على أن الشورى في الاسلام ليست مبدأ قاصرا على الدولة وشئون الحكم فيها وإنما هى سمة عامة للجماعة الإسلامية تمكن لافراز أشكال معينة من النظم وأوضاع متميزة في الحياة البشرية ، وعلى هذا يقوم النظام الإسلامى وتحقق المبادئ الإسلامية الكلية خير تحقيق .

فلما نزل قوله عز وجل « وشاورهم فى الأمر » أقر الإسلام مبدأ الشورى في نظام الحكم وجعله ركيزة من ركائزه حتى ولو كان الرسول ﷺ هو الذى يتولاه . وهذه الناحية من الشورى هى التى تستهمنى هنا . بيد أن الإسلام وإن جعل من الشورى مبدأ من مبادئه الأساسية إلا أنه ترك للأمة أن تحدد شكل الشورى والرسالة التى تتحقق بها لأن هذه الأمور قابلة للتحويل والتطوير وفق أوضاع الأمة وملابسات حياتها . وتبدو أهمية الشورى كأساس يقوم عليه النظام الإسلامى — حتى أن البعض يطلق على نظام الحكم في الإسلام حكومة الشورى — فى أن النص عليه جاء عقب وقوع نتائج للشورى بدت فى ظاهرها صورة خطيرة كادت تهدد وحدة الصف الإسلامى . وتخلص ملابسات نزول الآية الكريمة فى أن الرسول قرر فى غزوة بدر أن يبقى فى المدينة حتى إذا جاءت قريش إلى أزقتها وطرقاتها انتصف المسلمون منهم . وقد رأى ذلك رأى شيوخ المدينة ، ولكن شبابها ، وخصوصا الذين لم يحضروا بدرًا

رأوا غيره وكانوا الكثرة فنزل عند رأيهم ، وإن كان رأيهم غيره ، لانه يسير على نظام الشورى ويرى الأمة عليه ، ويتبدىء وهو يفرض الخطأ فى رأيه ، ولا يفرض الصواب دائما ، وأن الفرق بين الحاكم المستبد ، والحاكم الحر الذى يفرض الأمر شورى ، هو أن النبى ﷺ فى تدبير شئون السياسة ، وفى تنظيم الأمور الخاضعة للمبادئ المقررة الثابتة غير النازلة بوحى من السماء كان يعمل الاستشارة دائما لا على أنها تبرع يتبرع به ، بل على أنها واجب عليه بصفته حاكما ، وقد روى عنه ﷺ أنه قال (ماخاب من استخار ، ولا ندم من استشار) .. وأن الشورى فوق أنها تعريف للصواب فى تربية الأمة على الإدراك الصحيح فى عامة الأمر ، وهى التى تتفق مع النظام الحر السليم .. ولما جاء بعد وفاته عليه السلام الراشدون من أصحابه أقاموا دعائم الشورى .. » (نقلا عن محمد ابو زهرة — المجتمع الإسلامى فى ظل الإسلام — بيروت ، ١٩٧٠ ، ص ١٥٥ — ١٥٧) .

وإذن فالخليفة مقيّد فى أعماله كلها بالشورى من حيث هى أساس الحكم ولكن طريقة ممارسة هذه الشورى متروكة لظروفها وأحوال الأمة الإسلامية وأوضاعها . والنظرية الإسلامية لا تختلف فى هذا الخصوص — من حيث الفكرة العامة — عن النظرية المعاصرة . وقد يسأل عن وقت اجراء الشورى أهو سابق أم لاحق على ابرام المعاهدة . والرأى عندى أنه لا يهم إذا سبقت الشورى ابرام المعاهدة أم لحقتها ولكن الذى يهم هو أن تسبق الشورى جعل المعاهدة نصا ملزما للدولة الإسلامية ، وأن تكون النصوص الملزمة هى التى جرت الشورى بشأنها . لأن مهمة الشورى هى تقليب اوجه الرأى واختيار اتجاه من الاتجاهات المعروضة ، فاذا انتهى الأمر إلى هذا الحد انتهى وقت الشورى وجاء دور التنفيذ لقوله تعالى « فاذا عزمتم فتوكل على الله إن الله يحب المتوكلين » (آل عمران / ١٥٩) . وعلى هدى من هذه الحقيقة لا أرى غضاظة — من وجهة النظر الإسلامية مع بعض التحفظ — على حكم الدستور المصرى الذى يصنف المعاهدات فى فئتين :

١ — فئة اكتفى فيها بإبرام رئيس الجمهورية ، وهي تضم كافة المعاهدات عدا الاستثناء الذى ورد على سبيل الحصر فى الفئة الثانية وليس للمجلس التشريعى دور فى اضافة الصفة الملزمة دوليا على تلك المعاهدات لأن كل مايتطلبه الدستور هو أن يبلغها رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من بيان من حيث أن هذه الفئة دون خطورة الفئة الأخرى .

٢ — فئة يتطلب فيها الدستور موافقة مجلس الشعب إلى جانب إبرامها من قبل رئيس الجمهورية ، وهي معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل اراضى الدولة أو التى تتعلق بحقوق السيادة ، أو التى تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة فى الميزانية . ولعل الملاحظة الجوهرية التى يجب ألا تغيب عن البال عند تطبيق هذا النص الدستورى هو مراعاة أن تكون الشورى ، هى التى تجرى عادة فى زماننا هذا بالنسبة للفئة الأولى من المعاهدات مع وزارة الخارجية أو غيرها من أجهزة الدولة المتخصصة . إن الكلام عمن له حق إبرام المعاهدات فى النظرية الإسلامية يجزنا — كما يجزنا الكلام فى النظرية المعاصرة — إلى بحث فروض أخرى غير الدولة . فالفقهاء المحدثون يتكلمون عن حكومة المنفى وحكومة الثوار ومدى ما لهم من أهلية فى إبرام المعاهدات .

إن النظرية الإسلامية التقليدية لا تعرف أفكارا مثل مدرك حكومة المنفى أو حكومة الثورة لأن هذه المدركات تقوم على فلسفة تختلف عن فلسفة النظرية الإسلامية فهى تفترض أن هناك وحدات سياسية تتمتع بالاستقلال والسيادة والمساواة وأن للشعوب المغلوبة على أمرها حق تقرير المصير فى حين أن النظرية الإسلامية التقليدية تقوم على وحدة الدولة الإسلامية وعلاقة الحرب أو العهد والصلح مع دار المحاربين وأهل الكتاب . ولذا فإن تصور النظرية الإسلامية للوحدات السياسية المقاربة للدولة يختلف عن تصور النظرية المعاصرة لتلك الوحدات ومع ذلك فإن ما يحكم أهل الردة وأهل البغى والمحاربين من احكام عامة يمكن أن يصلح أساسا لاستنباط الاحكام الخاصة بحكومة المنفى وحكومة الثورة .

يسمى الفقهاء المسلمون قتال أهل الردة وأهل البغى والمحاررين بخزوب المصالح .

ان استعراض الحالات الثلاث السالفة يوضح أن الحالة الثالثة خارجة عن نطاق هذه الدراسة وتنفرد الحالتان الأوليتان وهما أهل الردة وأهل البغى . والذي يهمننا في هاتين الحالتين هو فرض خروج هؤلاء على الأمة الإسلامية وامتناعها عليه . وفي هذا الفرض تصبح كل من هاتين الفئتين تنظيمًا سياسيًا له ذاتيته ولذا فانه يملك من الأهلية مايدخل في نطاق نشاطه الدولي ولرئيس كل فئة عندئذ اهلية ابرام المعاهدات في نطاق هذا النشاط — حتى يمكن التفاهم مع هذه الفئة وتنظيم العلاقة معها سواء بالعودة إلى بيضة المسلمين أم بغير ذلك من الأوضاع التي تتقرر على أساس السياسة الدولية الإسلامية حيالها . وهكذا تضاف هذه الوحدات إلى الدول في مجال الكلام عمن له اهلية ابرام المعاهدات في النظرية الإسلامية . وهذه النتيجة قد لايتفق معى فيها كثير من الكتاب .

وللشورى التي تجرى بالنسبة للفئة الثانية من المعاهدات — أى التي تحتاج لموافقة أعضاء المجلس التشريعى — يجب أن تجرى مع من تتوافر فيهم شروط من هو المقصود في الشورى . وقد ضرب الرسول ﷺ المثل الأعلى في احترام الشورى ، وكان البعض يسمى أبا بكر « وزير النبي محمد » . وكان عمر أول من نظم الشورى فكان له شوران الشورى الخاصة التي تضم كبار الصحابة من أمثال على بن أبى طالب وعثمان بن عفان ، والشورى العامة وهى التي يحتاج فيها إلى تقرير مبدأ أو يكون الأمر فيها خطيرا ومن هذا النوع تقسيم الأراضي المفتوحة بين الفاتحين . (راجع محمد أبو زهرة — المجتمع الإنسانى ، المرجع السابق ، ١٦١ ، ١٦٢) .

. ١٦٢

واهل الشورى — أو اهل الحل والعقد منهم الذين سماهم الماوردى بأهل الاختيار ، وتعتبر فيهم شروط ثلاثة : أحدها العدالة الجامعة لشروطها ، والعدالة — وهى عدم الميل مع الهوى والكيل للجميع بكيل واحد — ذات

شعبتين ابتداءً الشعبة الأولى . هي العدالة النفسية بأن يحب الإنسان لأخيه ما يحبه لنفسه ، والثانية هي العدالة التي تنظمها الدولة فلا يفرض الحاكم على الناس إلا ما يفرضه على نفسه واسرته أولاً . وتندرج تحت هذه الشعبة الثانية أقسام ثلاثة هي العدالة القانونية والعدالة الاجتماعية والعدالة الدولية ، والشرط الجوهري كي يكون الفرد عادلاً هو ألا يكون عليه مأخذ من أية ناحية . والثاني العلم الذي يتوصل به إلى معرفة جوانب الصواب ونواحي السلامة . والثالث الرأي والحكمة المؤديان إلى حسن الاختيار وتدير المصالح . (الماوردي — المرجع السابق ، ص ٦) .

كذلك يجوز للقائد في الميدان أن يمثل الأمة — أو الدولة — في إبرام المعاهدات الخاصة بالحرب . ولتأكيد ذلك أذكر مثلاً عهد خالد بن الوليد إلى مجاعة بن سرارة وآخرين من الربرة وفيه يؤمنهم ويقاضيه على الصفراء والبيضاء ونصف السبي والملقة والكراع وحائط من كل قرية ومزرعة على أن يسلموا . صحيح أن هذا عهد من خالد وليس معاهدة لها طرف آخر ولكن اختصر خالد بإصدار هذا العهد يعني — من باب أولى — أن القائد يملك أن يجعل هذا العهد في معاهدة فلا يكون التزاماً بارادة منفردة وإنما يصبح الالتزام ثنائياً . وخالد في ذلك في حكم وزير التفويض وله اختصاصه .

ومن التطبيقات المبكرة لفكرة التزام الامام بالشورى في إبرام المعاهدات اشهاد أولى الأمر على المعاهدات مع توقيع الامام على المعاهدة . ذلك أن الاشهاد هو البديل — في النظم البدائية التي لاتعرف التنظيم الإداري كالديوانين ، والدستوري كالمجلس التشريعي — لما نتصوره اليوم في الأجهزة الحكومية المتخصصة والمجالس التشريعية المنتخبة . وقد استن الرسول ﷺ سنة الاشهاد هذه كي يضرب المثل لخلفائه من بعده وللأمة على عدم الاستبداد بعقد المعاهدات دون اشراك أهل الحل والعقد من المتخصصين وذوى العقول . ولذا نجد أن كافة المعاهدات التي أبرمها الرسول — وأيرمها الخلفاء الراشدون من بعده — تجوي في آخرها اسماء الرجال الذين شهدوها . ويشهدون عليها

بتوقيعهم أو خاتمهم . « ومن المعقول ألا يكون هناك حد معين للشهود بل ذلك يختلف باختلاف الأحوال ، ففي العهد الذى كتبه الرسول عليه السلام للحارث بن كعب وأهل ملته من النصارى كان الشهود عليه واحدا وثلاثين شاهدا منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وأبو ذر والزبير بن العوام وزيد بن ثابت وعمار بن ياسر وحسان بن ثابت وجعفر بن أبى طالب رضى الله عنهم . أما كتاب النبى عليه السلام لوفد ثماله من عمان فقد كان عليه شاهدان فقط هما سعد بن عبادة ومحمد بن سلمة وفى المعاهدة التى عقدها الرسول لأهل نجران من النصارى كان الشهود خمسة هم أبو سفيان بن حرب وغيلان بن عمرو ومالك بن عوف والأقرع بن حابس الحنظلى والمغيرة بن شعبة . وعندما جدد أبو بكر رضى الله عنه لنصارى نجران عهدهم شهد عليه أربعة : المستورد بن عمرو وراشد بن حذيفة وعمرو مولى أبى بكر الصديق والمغير بن شعبة . »

(نقلا من كتاب « الفقه الإسلامى . نظام الإسلام فى العلاقات الدولية . »
لمؤلفيه محمد مصطفى شحاته وأحمد الحضرى وأبو الحمد أحمد موسى وعبد الله
محمد عبد النبى وحسن الشاذلى والطيب خضرى ، القاهرة ، سنة ١٩٧٢ ص
١٧١) .

والشهود على المعاهدات لا يقتصرون على الجانب الإسلامى بل يجوز أن يكونوا من سائر أطراف المعاهدة . والطريف أن الاشهاد على المعاهدة أجرا ظل معمولاً به إلى وقت غير بعيد بل إن له بقية فى حالات معاصرة وإن قلت . ومن الأمثلة الحديثة لمعاهدات تحمل توقيع الشهود عليها اسوق اتفاقية الانسحاب الثانى التى أبرمت بين مصر واسرائيل فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٤ فقد وقع عليها انزىو سيلاسفو قائد قوات الطوارئ الدولية كشاهداً ومشاركة التحكيم الخاصة بقضية طابا فقد وقع عليها المندوب الأمريكى شاهداً .

أخلص من كل ما سبق إلى أن الدول هى التى لها أساساً حق إبرام المعاهدات وأن رئيس الدولة له حق إبرام المعاهدات باسم الدولة ويمكن أن يساعده فى ذلك وزراء التفويض أو وزراء التنفيذ مثل وزير الخارجية وممثلو

الحضرتين ، والنظرية الإسلامية — في هذه الحدود — لاتغاير النظرية المعاصرة . ولكن النظرية الإسلامية تتميز عن النظرية المعاصرة في أنها تتطلب الشورى — كشرط جوهري يعتبر من النظام العام — لامضاء المعاهدة — أى لإبرامها في صورتها النهائية الملزمة القابلة للنفاد ، واستخدم لفظة « امضاء » في هذه الدراسة في معنى انفاذ المعاهدة وليس في معنى توقيعها لان هذا هو اللفظ الغالب على لغة الفقهاء المسلمين وأبقى تعبير « التوقيع » ليعنى مهر الوثيقة باسم أو خاتم من يوقع عليها كدليل على اقرارها .

وإذن فلو أن رئيس الدولة الإسلامية عقد وحده اجتماعا مغلقا مع ممثل الدولة الأخرى وانتهى هذا الاجتماع بامضاء معاهدة ما فإن هذه المعاهدة تعتبر معيبة لان اجراءات ابرامها تفتقر إلى اجراء جوهري هو الشورى . وهذا يدعونا إلى السؤال عن حكم المعاهدة لو أن رئيس الدولة أبرمها دون أن يحترم اجراء الشورى هذا ؟ ذلك ما يجيب عليه في موضع تال من هذه الدراسة .

شروط ابرام المعاهدة :

٢ — الشروط الشكلية :

تمر المعاهدة عادة بعدة مراحل قبل أن يتم انفاذها وهى :

(أ) المفاوضة ، وهى مرحلة المباحثات التمهيدية حول موضوع المعاهدة حيث يعرض كل طرف وجهة نظره وما يراه محققا لمصلحته ويتناقش الطرفان إلى أن يصلا إلى نصوص مقبولة لديهما .

(ب) تحرير المعاهدة ، حيث أن شرط الكتابة أصبح شرطا تقليديا تواتر عليه العرف الدولى توخيا لمزيد من الدقة فى اثبات ما جرى عليه اتفاق الطرفين . والمعاهدة — كما قدمت — هى التشريع الدولى ولذا فانها لاتكون الا مكتوبة . أما الوفاقات الشفوية فليست معاهدات بالمعنى الدقيق للتعبير .

(ج) التوقيع ، وهو تسجيل واثبات واشهاد على ماتم الاتفاق عليه .

(د) التصديق على المعاهدة ، وذلك إذا كان توقيع المفاوض غير كاف

لاضفاء المشروعية والنفاز على المعاهدة لأن المعاهدة التي تحتاج إلى تصديق لا تعتبر ملزمة إلا إذا أجرى التصديق عليها . وقد يتم اجراء التصديق معاصرا للتوقيع — كما قد يتأخر عن التوقيع ، وهذه هي الصورة الغالبة بل قد يجرى التصديق دون أن يسبقه توقيع شأن الحال في وفاقاات منتظم العمل الدولي . وقد زادت انتشار النظم الديمقراطية من التركيز على أهمية التصديق الذي يجب أن تمنحه الاجهزة الداخلية في الدولة ودعى إلى تأكيد هذا التركيز الصفة التقديرية للتصديق حيث أن اجراءه متروك لتقدير السلطات المحلية بغض النظر عن مدى الاختصاصات التي كانت مخولة للمفوض .

(هـ) تبادل أو ايداع التصديقات . ويجرى تبادل التصديقات عندما تكون المعاهدة ثنائية بأن يسلم كل من الطرفين إلى الآخر وثيقة تصديقه ، أما إيداع التصديقات فيجرى اذا كانت المعاهدة جماعية بأن تودع كل دولة طرف وثيقة تصديقها لدى امانة الايداع وتقوم هذه الأمانة — كلما تسلمت وثيقة تصديق — بتقديم اقرار رسمي بذلك أو عمل محضر رسمي بالايداع وتسلمه للجهة المعنية وتخطر في الوقت ذاته باقى الدول الأطراف بواقعة الايداع .

ولنا أن نتساءل الآن هل تقرر النظرية الإسلامية — أو هل جرى العمل الإسلامى — على اتباع الاجراءات الشكلية السالفة الذكر في ابرام المعاهدات ؟ للإجابة على هذا التساؤل أرى أن أناقش الاجراءات واحدا بعد الآخر .

(أ) المفاوضة — أو المفاوضة كما يسميها المسلمون عادة ، وفي حديث طلحة : فتراوضنا . احتنى اصطurf منى . أى تجاذبنا فى البيع والشراء . وهو مايجرى بين المتبايعين من الزيادة والنقصان . كأن كل واحد منهما يروض صاحبه رياضة الدابة . ويبدو أن العمل الإسلامى قد جرى على هذا الاجراء منذ فجر الإسلام والمثل المبكر لهذا العمل هي معاهدة الحديبية التي استطالت

المفاوضة التي سبقت إبرامها بين المسلمين وقريش . فقد خرج الرسول ومعه نفر من المهاجرين والانصار ومن لحق بهم من العرب قاصدين الحج . فلما بلغ أمرهم قريشا تشككت في نواياهم وظنت أن المسلمين يعدون لنزاهلها فأرسلت للرسول بديل بنى ورقاء في رجال من خزاعة للتعرف على قوته وصرفه عن دخول مكة فاقنعوا بأنه جاء زائرا للبيت ومعظما لحرماته . ولكن رسل قريش فشلت في أن تقنع قريشا بأن تخلى بين الرسول واصحابه وبين البيت العتيق . وكذلك فشل من بعدهم رسول آخر هو الحليس سيد الأحابيش ورسول ثالث هو عروة بن مسعود الثقفي . فلما طالت المحادثات هكذا انتهى النبي ﷺ إلى ارسال ابن عوف بن عفان كى يبلغ عنه أشراف قريش ما جاء له . وقد نجحت وفادة عثمان في اقناع قريش بأن المسلمين جاءوا بحاجين معظمين البيت ولكن جاهليتهم وعنجهيتهم أبت عليهم أن يتركوا المسلمين يدخلون مكة حتى لا يتحدث العرب بأن قريشا هزمت أمام المسلمين ، واتصل الحديث وجادت المفاوضات بين الفريقين مرة أخرى وأوفدت قريش سهيلاً بن عمرو لمصالحة محمد على أن يكون في الصلح أن يرجع عن قريش عامه هذا وجرت محادثات طويلة كادت أن تنقطع في بعض الأحيان لولا حرص الجانبين على إتمامها بنجاح ثم انتهت بمعاهدة الحديبية .

كذلك من الأمثلة المبكرة للمفاوضات في العهد الذهبي للإسلام المفاوضات التي جرت بين عمرو بن العاص وبين المقوقس خلال الفتح العربى لمصر . والتي تمت مرحلتها الأخيرة بين المقوقس وبين عمارة بن الصامت رسول العرب وانتهت بقبول المقوقس وأصحابه لشروط الصلح .

(ب) تحرير المعاهدة . والملاحظ أن المعاهدات كانت مختصرة العبارة في بدء الاسلام وهذا أمر طبعى لان موضوع المعاهدة كان محدودا فهو قد يكون مصالحة على جزية أو عهد بالذمة أو مهادنة أو ما إلى ذلك من موضوعات محدودة محددة . ومن هنا لم تقم الحاجة إلى صياغة مطولة أو نصوص مفصلة وكانت تبدأ عادة بالبسملة . واقول عادة لأن بعض المعاهدات — مثل معاهدة

الحديبية — بدأت بعارة « باسمك اللهم » وبعضها لم تتضمن هذه العارة أو غيرها فى دىاجتها .

يد أن هذا الایجاز فى العارة لم يؤد إلى غموض فى اللفظ بل على العكس كانت المعاهدات واضحة النص محددة اللفظ والاهداف قطعا للتنازع فى المستقبل وطواعية للامر الکریم « یاىها الذین آمنوا إذا تداینتم بدین إلى أجل مسمى فاکتبه ولیکتب بینکم کاتب بالعدل ولا یأب کاتب أن یکتب کما علمه الله فلیکتب ولیملل الذی علیه الحق ولیتق الله ربه ولا یبخس منه شیئا » (سورة البقرة / ۲۸۲) .

لقد دلت الآیه الکریمه على أن الکتابه مبدأ من مبادئ المعاملات فى النظریه الإسلامیه وأن هذه الکتابه یجب أن تكون واضحة حتى تقطع — قدر الامکان — دابر اى خلاف حول حقیقه العلاقة بین الطرفين إذا ماثار نزاع بشأن حقوق والتزامات الطرفين. وإذا كانت الآیه الکریمه قد نزلت فى خصوص العقود الا أنه ىستفاد من مفهوم اشارة النص أن « ذلك أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى الا ترتابوا » (البقرة / ۲۸۲) . ان الکتابه مبدأ عام من مبادئ الاثبات حیث تكون العلاقة بین الطرفين منطویه على حقوق والتزامات . فکما أن العقد ىقیم حقوقا وینشئ التزامات فان تشریع المعاهده كذلك ىقیم حقوقا وینشئ التزامات والامر فى الحالین ىفرض على الکاتب أن یکتب کما علمه الله . ولما كانت الحقوق والتزامات متبادله بین الطرفين کتشریع فان الطرفين معا لهما حق املاء نص المعاهده .

ویلتزم الطرفان فى تحریر المعاهده بمراعاة الدقه والا ینخس أحدهما حق الطرف الآخر « ولیملل الذی علیه الحق ولیتق الله ربه ولا یبخس منه شیئا » .

وقد بلغ من اهتمام الدوله الإسلامیه بتحریر المعاهده انها انشأت لذلك وظیفه کان صاحبها ذا قدر کبیر هی کاتب الرسائل . وقد دعاها إلى ابتداء هذه الوظیفه اتساع شئون الدوله الإسلامیه وتعقد الموضوعات الئیه تبرم المعاهدات فى خصوصها . والحق أن کاتب الرسائل هذا — أو الوزیر الاول

بتعبير العصر — كان هو الأمين على امور الدولة وشؤونها وهو الذى يحرر الرسائل السياسية الداخلية والخارجية وهو الذى ينشر بين الناس المراسيم والقرارات والبلاغات والتراتب الادارية ، وهو أيضا الذى يختم الوثائق والصكوك بخاتم الخليفة . وازداد اهتمام الخلفاء بالكتاب فى العصر العباسى فقد كان الكتاب تراجمة الخلفاء العباسيين كما كانوا من قبل تراجمة الملوك فى عصر الأكاسرة » كانت ملوك فارس تسمى كتاب الرسائل تراجمة الملوك . وكانوا يقولون لهم : لاتحصلنكم الرغبة فى تخفيف الكلام والايجاز فيه على حذف معانيه وترك ترتيبه وتوهين حكمه » . (نقلا عن صبحى الصالح — المرجع السابق ، ص ٣٠٥) .

وجدير بالذكر أن علائق المسلمين السياسية مع الروم والفرس لم تبدأ الا بعد الحديبية اى بعد انقضاء ست سنوات منذ الهجرة . وليس معنى هذا أن التوقيع على المعاهدة — فى النظرية الإسلامية — لا يكون الا للخليفة فقد سبق أن أوضحت أن مالمخليفة من اختصاص يمكن أن يفوض فيه نائبه أو وزيره ولذا قلت إن وزير التفويض له حق التوقيع الكامل على المعاهدة إذا كان قد فوض فى ذلك ، أما وزير التنفيذ فليس له إلا أن يوقع بالحروف الأولى فحسب . وكثيرا ماتحمل الوثيقة اسم كاتبها ولا بد أنها تحمل توقيعها أو خاتمة كذلك كما أنها تحمل توقيع أو خاتم من يكون شاهدا عليها ، إذا اتجهت النية إلى الاشهاد .

(د) التصديق على المعاهدة ، وهو اجراء لاتعرفه النظرية الإسلامية بمشهوره المعاصر ولكن يقابله امران : الأول — هو حق رئيس الدولة فى النظر فيما أجراه من فوضه لاقراره أو رفضه ، والثانى — هى الشورى .

ومن ثم فإن مايوقع عليه المفاوض لايعتبر نهائيا ملزما الا بعد أن يصدق عليه رئيس الدولة ، كما أن مايفعله رئيس الدولة لايعتبر صحيحا شرعا الا إذا تم بناء على الشورى مع ذوى الأمر فى الدولة .

ويمكن على هدى مما سلف أن أقول إن المعاهدة في النظرية الإسلامية تحتاج في كافة الفروض — أى سواء أبرمها الامام أم مفوضه — إلى نوع من التصديق . وكل ما هناك أن هذا التصديق قد يكون باجراء انفرادى — هو الشورى — إذا كان رئيس الدولة هو الذى وقع على المعاهدة . وقد يكون باجراء مزدوج — هو الشورى وقرار رئيس الدولة — إذا كان من وقع على المعاهدة هو مفوض رئيس الدولة — ومن السوابق التى يطيب لى أن اسوقها في هذا المقام تبياننا لاجابة المعاهدة إلى المصادقة — عن طريق الشورى — إذا كان رئيس الدولة هو الذى أبرمها — سابقة الوفاق الذى تم بين رسول الله ﷺ وبين غطفان أثناء غزوة الخندق والمسلمون في فزع من الأحزاب ونكت يهود المدينة للعهد . ذلك أن الرسول بعث إلى غطفان بعدها ثلث ثمار المدينة ان هي ارتحلت ولكن هذا الوعد لم يتم إذ اعترضه سعد بن معاذ وسادة المدينة من الأوس والخزرج ومن أصحاب مشورة رسول الله . والقصة أن الرسول أقام — في غزوة الخندق — وأقام المشركون على الخندق قريبا من شهر ولم يكن بينهم في حرب إلا الرمايا بالنبل والحصار . فلما اشتد على الناس البلاء ، بعث الرسول إلى عيينة بن حصن وإلى الحارث بن عوف — وهما قائدا غطفان — فأعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرحلا بمن معهما عنه وعن أصحابه . فجرى بينه وبينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب . فلما استشار قال له سعد بن معاذ : يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان ، وهم لا يطمعون أن يأكلوا منا ثمرة الا قرى أو يبيعوا . أفحين اكرمنا الله بالإسلام واعز بك وبه نعطهم أموالنا ؟ والله لانعطهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم . قال رسول الله : فأنت وذلك : فتناول سعد بن معاذ الصحيفة فمحا ما فيها من الكتاب (محمد حميد الله — الوثائق ، المرجع السابق ، ص ٥٥ — ٥٦)

كذلك مما يذكر هنا كتاب خالد إلى أبى بكر عن قوم بجاعة بن سرارة يفيد به أن صلح اليمامة على ما وجد من الصفراء والبيضاء على ثلث الكراع وربع السبي . وجواب أبى بكر يأمره بأن يتم للقوم ما صالحهم عليه ولا يغدر بهم . (حميد الله — المرجع السابق ، ص ٢٩٦ — ٢٩٧) .

صحيح أننى ضربت هنا مثلا بمعاهدة لم تكن قد وقعت عليها الأشهاد ولا عزيمة الصلح بعد ، ولكنها كانت على كل حال فى مرحلة التفاوض والمراوضة وقد عرض الرسول قبوله للتنازل عن ثلث بلح المدينة لغطفان — وفى هذه المرحلة جرت الشورى فرفض اقتراح الرسول من قبل اهل الشورى المسلمين فنزل الرسول على رأى الجماعة واستقال ماعرض . وهناك رأى يعترض على المثل الذى ضربته بأنه ليس دقيقا لأننا لسنا أمام معاهدة (جعفر عبد السلام — قواعد العلاقات الدولية فى القانون الدولى وفى الشريعة الإسلامية ، القاهرة ، ١٤٠١ هـ ، ١٩٨١ م ، ص ٣٨٩) ولكننى أسلفت بأن عهود الرسول تعد دائما — وبغض النظر عن شكلها كتابة كانت أم شفاهة — هى من قبيل النموذج لأنها تعبير عن إرادة شارعة عليا هى صانعة الشريعة الإسلامية . ناهيك بأن الاتفاق مسجل فى وثيقة . وقد سبق أن ذكرت أن الشورى ليس لها وقت محدد سوى أنها يجب أن تتم قبل امضاء المعاهدة . ولعل هذه السمة من سمات الشورى — أى زمن اجرائها — تمثل فارقا بين التصديق فى مفهومه العصرى وبين الشورى كاجراء من اجراءات التصديق فى النظرية الإسلامية . ولهذا قلت فى بدء كلامى إن النظرية الإسلامية لاتعنى التصديق العصرى بمعناه الدقيق . وفى معنى التصديق أذكر قول الشافعى « إذا أَدَّعِ الإمام قوما مدة أو اخذ الجزية من قوم فكان الذى عقد المودعة والجزية عليهم رجلا أو رجالا منهم لم تلزمهم حتى نعلم أن من بقى منهم قد أقر بذلك ورضيه » . (الشافعى — الام (كتاب الشعب) ، القاهرة ، ج ٤ ، ص ١٠٧) . أى أن الشافعى لم يكتف بتوقيع المودع بل تتطلب أيضا تصديق القوم للمودعين أو دافعى الجزية .

والتصديق على رأى الغالب فى الفقه المعاصر يعتبر اجراء تقديرية بمعنى أن للدولة حرية تقدير اجرائه أو رفضه ، فهل هو كذلك فى النظرية الإسلامية ؟ ... ارى أن التصديق ليس سلطة تقديرية للدولة فى النظرية الإسلامية بل إن الدولة الإسلامية عليها أن تقوم بالتصديق ما لم يقم لديها سبب جدى مقبول يمنعها من ذلك . وتفصيل رأى عندى أن الشورى قد تسبق أو قد تلى التوقيع فان هى

سبقت التوقيع فلا اشكال هناك ، لكنها إذا تلت التوقيع كانت لازمة الا إذا منع منها مبرر شرعى وأستند فى قولى بالإلزام إلى الآية الكريمة « يا ايها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون » (الصف / ٢ ، ٣) . إن التوقيع قول والتصديق فعل ولذا فان التصديق يجب أن يؤكد التوقيع والا كان ممقوتا من قبل الله مالم يمنعه مبرر شرعى .

بيد أننى افضل — منعا للخرج — أن تجرى الشورى قبل التوقيع على المعاهدة . لانه يوفر على الدولة ورئيسها الخرج فى بعض الفروض التى يتم فيها الاتفاق بين رئيس الدولة ورئيس دولة اخرى على امور ثم يأتى الجهاز الذى يملك التصديق — كالجهاز التشريعى مثلا — فيرفض تلك المعاهدة . ولدينا مثل حديث يبين قدر هذا الخرج . ذلك أن رئيس الولايات المتحدة الامريكية ورئيس بناما وقعا فى سبتمبر سنة ١٩٧٧ معاهدة بشأن قناة بناما والمنطقة التى تمر بها ، وكان ذلك تنويجا لمفاوضات استمرت ثلاثة عشر عاما . بيد أن البرلمان الامريكى استقبل هذه المعاهدة بفتور وأوشك أن يرفض التصديق عليها . ولنا أن نتصور مدى ماتصاب به هيئة الولايات المتحدة الامريكية ورئيسها فى الجماعة الدولية لو أن البرلمان أصر على موقفه من هذه المعاهدة . وقد يكون التصور الإسلامى للتصديق أقل حبكة ولكنه فى نظرى أجدى وقعا . مما يسير عليه العمل اليوم فهو أولا لا يعفى ولى الامر من الشورى بالنسبة لأية فئة من المعاهدات بل إنه يتطلب اجراء الشورى فى كافة المعاهدات بلا استثناء وذلك على خلاف القاعدة الغالبة اليوم فى الدول ذات النظم الديمقراطية حيث تنزل لرئيس الدولة عن فئة من المعاهدات ليلتزم حيالها بأخذ رأى المجلس التشريعى . ثم إنها أكثر مرونة لانها لم ترسم للشورى شكلية بذااتها يمكن أن يكون الالتزام بها معطلا للاجراءات ومضيعا للمناسبات فضلا على أن الشورى قاعدة الهية آمرة لا بد أن يستشعر رئيس الدولة الإسلامية وهو يضبط سلوكه على هدى منها أن عين العلى القدير ترقبه فلا مناص أمامه من أن يصدق فى طلب النصيحة وأن يخلص فى تحرى الاستشارة والا صدق فيه ما يصدق فيمن يحكم بغير ما أنزل الله .

والرأى عندى أن هذه الشورى يمكن أن تنصرف ايضا إلى الحزب المعارض للحكومة طوعية للآية الكريمة « اعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم فى الامر » ، ولا يكون العفو والاستغفار الا لمن وقف موقف المعارضة وارتكب ما يستأهل تلك المنة ومع ذلك فقد جاء التنزيل الالهى آمرا بمشاورة المعارضة النزيهة التى تستحق العفو ويستحب لها الاستغفار .

كذلك هناك فارق آخر بين الاتجاهين — الإسلامى والمعاصر — ذلك أن حسن النية هو المعيار الذى يجب أن تتحراه الدولة الإسلامية إن هى نرعت إلى رفض التصديق ، فى الحالات التى يجوز لها أن ترفضه .

صحيح أن التصديق المعاصر قد يبدو أكثر اتساقا مع منطق مدرك التصديق لانه لا يكون الا بعد التوقيع فى حين أن تصديق المعاهدة — حسب النظرية الإسلامية — ومتمثلا فى الشورى — يجوز أن يكون قبل أو بعد التوقيع على المعاهدة. الا أن هذه المرونة تسهم فى توطيد التعاون بين السلطتين التنفيذية والتشريعية. ثم إن سبق الشورى على ابرام المعاهدة يمكن أن يضع المفاوض المسلم فى موضع الرؤية الواضحة أثناء مناقشته للطرف الآخر شأنه شأن من فوض بسلطات كاملة لابرام المعاهدة فى حدود ما يلقاه من تعليمات .

(هـ) تبادل او ابداع التصديقات . ليس هذا الاجراء بغريب على النظرية الإسلامية فقد امر الرسول عليه السلام أن تكتب نسختان من معاهدة الحديبية وأن يكون بيد كل طرف نسخة منها ، وهذا أقرب ما يكون إلى اجراء تبادل التصديقات المعاصرة لاسيما وأن الذى وقع على هذه المعاهدة من الجانب الإسلامى هو رسول الله وزئيس دولة المدينة وقد شهد معه أعلام هذه الامة وأصحاب الرأى والشورى فيها . فهى من الناحية الإسلامية لم تكن تفتقر إلى التصديق قبل تبادل النسختين .

أما ابداع التصديقات — وهو اجراء خاص بالمعاهدات الجماعية — فليس من الميسور أن نجد له صورة عملية فى التاريخ الإسلامى المبكر — بل ولا فى التاريخ الدولى المبكر — ولا أجد فيما يرم اليوم حجة او استدلالا على أحكام

النظرية الإسلامية ولذا فاني استبعده من دراسة تلك النظرية بل وأدخله في احكام النظرية المعاصرة ولكنى لا أقول بتناfre مع المفهوم الإسلامى .

ولعلنى استطيع أن اسوق مثلاً يبين الطريق لنا فى فهم العقلية العربية ومدى تقبلها لاجراء ايداع التصديقات ، تلك هى صحيفة قريش على مقاطعة بنى هاشم وبنى عبد المطلب — رهط النبى — فلا يتكلمون اليهم ولا يبيعونهم شيئاً ولا يبتاعون منهم . لقد ابرمت هذه الصحيفة بطون قريش المختلفة وقريش تمثل يبطونها نوعاً من النظام الإيسلافى المعاصر (الكونفدرالى) ، ولذا فان هذه الصحيفة تعتبر مثلاً متواضعاً — ولكن له أهميته التاريخية والفقهية — لما نسميه بالمعاهدات الجماعية فى زماننا هذا . ولذا كان لابد من ايداع هذه الصحيفة لتعدد اطرافها بحيث يصعب تبادلها . وكانت طريقة الايداع هى تعليق هذه الصحيفة فى جوف الكعبة توكيداً لها وتسجيلاً . (راجع محمد حميد الله — الوثائق السياسية للعهد النبوى والخلافة الراشدة ، بيروت ١٩٦٩ ، ص ٢٦ ، ٢٧) . إن هذا يبين أن عقلية العرب فى عهد غير بعيد عن الإسلام بل وفى السنوات الأولى للدعوة كانت ترى أن المعاهدة الجماعية إذا ما ابرمت وجب ايداعها ومن ثم فان ايداع التصديقات — الذى يترك العمل المعاصر للدول حرية تحديد كيفية تحقيقه — اجراء مارسه العرب فى بيئتهم التى تجهزت لقبول الإسلام . ولذا أقول إنه اجراء تقبله النظرية الإسلامية وما كان هناك مانع من مباشرته فى عهد الرسول والخلافة الراشدة لو أن الظروف دعت اليه . ولا يطعن على قولى هذا أن قريشاً الكافرة هى التى قامت بايداع الصحيفة لأن الايداع ليس حكماً من أحكام الدين أو مبدأً شرعياً ولكنه من شئون الدنيا التى يعتبر الناس اصحاب المصلحة اعلم بها من غيرهم والتى استمر العرب بعد اسلامهم على ماكانوا عليه فى جاهليتهم بالنسبة لمعظمها مثل تأبير النخل ، وقد يستعار من الاجراء شكله — لا فحواه — عملاً بما قاله الرسول ﷺ فى اعتماد أحلاف الجاهلية الخيرة .

انا إذا ألقينا نظرة على ما قدمت من عرض في شأن الشروط الشكلية لإبرام المعاهدة نجد ان اجرائين من بين هذه الاجراءات يعتبران اجرائين رئيسين أما الأول فهو الكتابة ، وأما الثاني فهو التصديق .

وقد اعتبرت الكتابة شرطا رئيسا لأن المعاهدة لا تكون معاهدة — فيما ذهبت اليه — الا إذا كانت وثيقة مكتوبة فان أبرم الاتفاق شفاهة كان وفاقا دوليا وليس معاهدة ، وتبعاً فان مناقشته تخرج عن اطار هذا البحث . ولذا أسلفت القول بأن المعاهدة — من حيث هي وثيقة مكتوبة تتضمن أحكاما شرعية — تقوم بدور التفسير التشريعي لأحكام الشريعة الإسلامية في العلاقات الدولية التي تحكمها النظرية الإسلامية .

أما التصديق فهو — كما ذكرت آنفاً — مبدأ اساسي من مبادئ النظرية الإسلامية ولذا فان تغافله يعني أن شرطا من الشروط الجوهرية لامضاء المعاهدة قد تخلف . ولذا فان من الطلى أن اناقش الآن حكم المعاهدة التي يبرمها رئيس الدولة دون أن يستشير في شأنها على النحو الذي ذكرته فيما سبق من دراسة ، مع افتراض أنها لا تتضمن حكما يخالف حكم الله من حيث الموضوع . إن الحكم في تقديرى هو اعتبار المعاهدة التي تبرم على هذا النحو معاهدة فاسدة والفساد في النظرية الإسلامية أقرب مايكون لما نطلق عليه اليوم « قابل للإبطال » ، وإن كان لا يمثله تماما .

ذلك أن « الفساد من العقود والتصرفات ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه وبعبارة أخرى هو ما لم يحصل خلل في ركنه ولا في محله ولكن حصل خلل في أوصافه » . (أحمد ابو الفتح — كتاب المعاملات ، ج ١ ، القاهرة ١٩٣٢ ، ص ١٩٣) . والتصديق وصف من أوصاف المعاهدة في النظرية الإسلامية . اننى عندما اصف المعاهدة بالفساد لافتقارها إلى التصديق انما أتكلم عن مدى وجوبها على طرفيها والزامها لهما . ومن ثم فانى لا أتكلم عن صحة أو فساد ما تضمنته من أحكام وافكار . ولا يناقض هذا الرأى ما سبق أن ذكرته بشأن تكليف المعاهدة على أنها دليل من أدلة الاجتهاد تقوم بدور التفسير التشريعي

وتعتمد على تعاهد الطرفين على إعطاء ماتضمنته المعاهدة من تفسير تشريعى قوة ملزمة فى علاقة الطرفين أحدهما بالآخر . ومن ثم فإن الفساد إذ ينصب على مالهذا التفسير التشريعى من وجوب — لايتناول الحكم من حيث موضوعه وإنما يتناوله من حيث الالتزام به جبرا على ارادة الطرف الآخر إذا مادخلت تلك العلاقة فى نطاق هذا التفسير . :

وحكم فساد الالتزام أو التصرف هو فسخه واعادة الطرفين إلى ماكانا عليه قبل ابرام المعاهدة مادام ذلك ممكنا فان تعذر ذلك كان للطرف الآخر أن يطالب الطرف الذى أبرم المعاهدة الفاسدة بتعويضه عما ناله من ضرر وذلك مشروط طبعا بأن يكون الطرف طالب التعويض حسن النية ..

ان عدم اخضاع المعاهدة لاجراء الشورى هو نوع من اساءة الحاكم لاستخدام سلطاته لانه خروج عن القيود التى قيد الله بها حقه فى ممارسة اختصاصاته . وقد اختلف الفقهاء المحدثون فى حكم التصرف الذى يصدر عن رئيس الدولة بالمخالفة لاحكام دستور بلاده . ويمكن أن اجمل هذا الخلاف فى نظريات ثلاثة : فهناك مدرسة المتطلبات الدستورية التى ترى أن المعاهدة التى تبرم دون احترام القيود الدستورية تعتبر باطلة أو هى على الأقل قابلة للبطلان بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة . إن هذه المدرسة تعتبر أن احترام القيود التى يضعها الدستور على سلطة ابرام المعاهدات شرط لا بد منه لسلامة المعاهدة من حيث أن القانون الدولى يترك للقانون الداخلى تحديد نطاق السلطة التمثيلية التى لو كلاء الدولة ، فإن هم تجاوزوا هذه السلطة فقدوا صفتهم التمثيلية . وهناك مدرسة رئيس الدولة أو السلطة التنفيذية ككل — وعندها أن القيود الدستورية لا أثر لها على سلامة المعاهدة التى يبرمها الجهاز التنفيذى . وهناك فريق يتوسط بين المدرستين ويريد أن يصل إلى حلول توفق بين النظرتين . وأنصار هذه المحاولات التى تقف فى منتصف الطريق يسعون إلى كسر جهود نظرية المتطلبات الدستورية باحاطتها ببعض الضمانات . وأغلب فقهاء هذا الاتجاه يأخذون بمعيار المظهرية أى انه إذا كان عدم اختصاص الجهاز

الذى أبرم الاتفاقية غير ظاهر وغير واضح بحيث لم يكن من السهل على الطرف الآخر أن يكشفه ، لا تبطل المعاهدة — أى ان المعاهدة التى يبرمها جهاز غير مختص لا تكون ملزمة للدولة مع مراعاة أن تكون المخالفة صارخة أو كان يمكن التعرف عليها بمجرد الاستفسار . ولذا تسأل الدولة إذا أكد وزير خارجيتها للطرف الآخر بأن المعاهدة تقابل المتطلبات الدستورية .

وفى تقديرى أن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل أى من الحلول السالفة تحت فكرة أن المعاهدة تعتبر عند عدم توافر قيد الشورى — معاهدة فاسدة . ولكنى أفضل النظرية المتوسطة من حيث أنها نظرية أكثر قربا من فكرة العدالة ، والعدالة الوسط أساس من أسس النظرية الإسلامية بوصف أن الله — بشريعته السمحة — قد جعل من الأمة الإسلامية أمة وسطا . ثم اننى اعتبر المعاهدة فى الفرض المبحوث معاهدة فاسدة جريا على الحكم الشرعى وهو أن الفاسد هو ماوافق أصله الحكم الشرعى دون وصفه . والأصل هو الركن والوصف هو الشرط . والأفضل فى الشريعة الإسلامية أن يكون التصرف صحيحا بأصله وبوصفه ومعنى كونه غير مشروع بأصله أنه فقد شيئا مما يتحقق به . ومعنى كونه غير مشروع بوصفه أنه بعد انعقاده فقد شيئا مما لا يصير صحيحا إلا به . وكل تصرف لا يكون مشروعاً بأصله ، لا يكون مشروعاً بوصفه وليس العكس لأن غير المنعقد لا يكون صحيحاً وقد يكون غير الصحيح من هذا كاليبيع الفاسد فانه منعقد وغير صحيح . والركن هو الصيغة — أى الإيجاب والقبول — والمحل والأطراف . والحنفية يذهبون إلى أن الصيغة هى وحدها ركن العقد . والخلل فى الركن يجعل التصرف باطلا . أما الشرط فى معناه الواسع فهو التطلب العام لسلامة التصرف الشرعى والخلل فيه يجعل التصرف فاسدا . فضلا على أن حق من يدفع بنسب المعاهدة مشروط بأن يكون حسن النية الأمر الذى يتفق مع اشتراط ألا يكون عدم الاختصاص ظاهرا .

وصيغة الفساد فى العقود لا نظير لها فى القوانين الوضعية لأنها جعلت

للعقود مراتب ثلاثة . الصحة وهي تقابل الصحة في الفقه الإسلامي على اختلاف في بعض التفاصيل ، والبطلان المطلق وهو ذاته البطلان في الفقه الإسلامي .

والبطلان النسبي — وهو في بعض صورته من قبيل العقد الموقوف ، وفي بعضها من قبيل العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي — لأن العقد الباطل بطلانا نسبيا يبقى صحيحا إلى أن يقضى القاضي بإبطاله بناء على طلب الشخص الذي لم يكن رضاه بالعقد تاما ، كمن دلس عليه في البيع مثلا . وهذا العقد كما انه قابل للإبطال من أحد الطرفين الذي وقع عليه الضرر قابل للإجازة أيضا . فاذا أجازته ولو كانت الإجازة ضمنية سقط حقه في الإبطال ، وليس للقاضي أن يبطله من تلقاء نفسه من غير صاحبه . ومن هنا يتبين أن تسميته بالباطل تسمية متساهل فيها على الأقل إن لم تكن غير صحيحة .

وأما العقد الفاسد في الفقه الإسلامي فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر إلا في بعض صور قليلة .. ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ، وكذلك يجب على القاضي فسخه بمجرد علمه من غير طلب من أحد المتعاقدين . ولا يملك أحدهما إجازته . وإذا ثبت حكمه في بعض الصور يثبت بالقيمة لا بالثمن المسمى في العقد . (نقلا عن محمد مصطفى شلبي — المرجع السابق ، ص ٥٠١ — ٥٠٢) .

إن هذا التمييز لفكرة التصرف الفاسد هو الذي جعلني أقول إن النظرية الإسلامية يمكن أن تتقبل النظريات الثلاث التي أسلفتها . وهو أيضا الذي دفعني إلى ترجيح النظرية التوسطية لأنها تأخذ من كل من الاتجاهين الآخرين بطرف يجعلها أقرب الثلاثة إلى الفكرة الإسلامية في التصرف الفاسد . بيد أنني يجب أن أضيف أن الحكم الوارد بالنسبة للعقود فيما أسلفت من تنبيه يتضمن مبدأ عاما بالنسبة لفكرة « الفاسد » في النظرية الإسلامية ولا يقتصر في

مفهومي على العقد بمعناه المدني والتجاري . ولذا لم أجد غضاضة في أن اصرف الفكرة إلى المعاهدة ولو أنها ليست عقدا بالمعنى الفني للعقد بل تشريع . ومن ثم فإن الدولة في النظرية الإسلامية لا تلتزم بمعاهدة لا تتم بناء على الشورى إذا كان تجاهل هذا الاجراء صارخا وواضحا للطرف الآخر أو كان في مقدور الطرف الآخر أن يعلم بهذه المخالفة لو أنه بذل الحرص العادي ، فاذا ترتب على ذلك ضرر بالغير كان له الحق في أن يعرض عما اصابه من ضرر ، إذا توافرت شروط التعدي . والتعدي هو ركن المسؤولية في النظرية الإسلامية على ما أوضح في حينه . وعلى القاضي أن ينهي المعاهدة جبرا على المتعاقدين ازالة للمنكر شرعا مادام الانهاء ممكنا .

ويمكنني أن اعلق في نهاية هذه المناقشة بأن المعاهدة — في النظرية الإسلامية — تعتبر من التصرفات الشكلية حيث أن الشورى اجراء لازم لابرامها .

٢ — الشروط الموضوعية :

هناك حقيقة أولية أرى الآن أن اوضحها هنا استكمالا لما قدمته بشأن الطبيعة القانونية للمعاهدة حتى ينجلي ما أسلفت من قول وبيان ما أعرض من رأي .

عندما أتكلم عن المعاهدة أتكلم عن وثيقة تتشكل من :

١ — نصوص تحتويها المعاهدة .

٢ — لها قوة الالتزام والوجوب .

أما نصوص المعاهدة فقد سبق أن ذكرت أنها تدخل في حكم الاجتهاد . سواء أكان ذلك باستنباط الاحكام أم بتقليد احكام سبق أن استنبطها الفقه . وقد كان باب هذا الاجتهاد مفتوحا للمسلمين خلال القرنين ونصف القرن الأولى من ظهور الإسلام . ولكن فكرة قفل باب الاجتهاد واشتراط شروط معينة فيمن يحق له الاجتهاد بدأت تتبلور في القرن الثالث الهجري وراحت

فكرة الاجتهاد تنفصل عن مفهوم الرأي واقتصرت على القياس وغيره من الضوابط وقام الشافعي بدور رئيسي في هذا الخصوص . وماكاد يشرف القرن الرابع الهجري حتى كان باب الاجتهاد قد انلق كلية وشاع الفهم بأن شروط الاجتهاد لم تعد متوافرة في شخص ما وأصبح دور الفقهاء هو التقليد حيث يقبل فقه واحد من الأئمة الأربعة دون مناقشة . ولكن فكرة التقليد لقيت على مر العصور معارضة من عدد من المستيرين من فقهاء الشريعة — مثل داود بن خلف مؤسس المدرسة الزاهرية وابن تيمية الفقيه الحنبلي وهي اليوم تلقى استهجانا ومعارضة من المصلحين ، كما لعبت فتاوى شيوخ الفتوى دوزا في تطوير الفقه الإسلامي .

ومن ثم فأننا إذا أخذنا بمفهوم العصور الأولى للإسلام فإن الاجتهاد مفتوح وتبعاً فإن نصوص المعاهدة إذا كانت استنباطاً لأحكام غير مسبقة — فلا غبار عليها لأنها اجتهاد مقبول ممن رأت الدولة — أو بالأحرى ولي أمر المسلمين — تكليفه بهذا الاجتهاد . أما إذا تسلط علينا منطق مؤيدي قفل باب الاجتهاد فإن هذه النصوص — إذا لم تكن تقليداً لرأي الأئمة أو ما جاء في مذاهبهم من اجتهاد في المذهب فإنها لا تقبل إلا إذا كان صائغها قد توافرت فيه شروط الاجتهاد . ولما كان المتحمسون لقفل باب الاجتهاد يرون أن هذه الشروط لا تتوافر في أحد من فقهاء العصر فإن نصوص المعاهدات يجب ألا تخرج عن التقليد وإلا كانت مرفوضة لأنها صدرت من غير العلماء المجتهدين .

وإذا كان لي أن أبدى رأياً هنا فأنني ممن يرون أنه لم يعد هناك مبرر اليوم لقفل باب الاجتهاد فقد بلغت الحضارة المعاصرة — بما توفره من تيسيرات في طباعة المؤلفات وتسهيلات في نقل المطبوعات من أقصى الأرض إلى أقصاها ومن اتصالات سريعة مريحة يستطيع معها أن يتخاطب العالم مع زميله بغير مشقة واحياءاً لتراث السلف الصالح في عصر النهضة العلمية الكبرى الذي نعيش فيه — كل هذا يشجب كل دعوة للجمود لاسيما وأن مانجابه اليوم من مشاكل معاصرة لم تعرض للأئمة واتباعهم من مجتهدى العصور الأولى هو في حاجة ماسة إلى التدبر والفهم والفتوى . (راجع عبد الحميد متولى — أزمة

الفكر السياسي الإسلامي ، القاهرة ١٩٧٠ - ويعرض الاستاذ المؤلف لهذه المشكلة تفصيلا جدير بالاهتمام .. وأقول - ترتيبا على هذا - إنه لا قيد على النصوص التي ترد في المعاهدات سوى أن تتفق مع المبادئ التي جاء بها القرآن الكريم والحديث الشريف . وهذا قيد عام بكافة الأحكام وليس قاصرا على المعاهدة أو خاصا بها .

أما القوة الملزمة لنصوص المعاهدة في علاقة أطرافها الواحد بالآخر فهي المسألة التي تحتاج إلى وقفة لا يوضح أمرها في هذه الدراسة . ذلك أننا إذا نظرنا إلى النصوص على أنها اجتهاد بالرأى المستقل أو التقليد فإن هذا لا يعنى حتما ولزاما أنها ملزمة بالنسبة لدولة ما وإن كانت لها حجية وإنما الذى يملك إعطاءها هذا الالتزام هو ولى أمر المسلمين ، مثل ذلك ما فعله الشارع المصرى إذ جعل ^١ذهب أن حجية ملزمة للتأشى المصرى في حالات معينة .

وابرام المعاهدة يعنى أن ولى الأمر قد جعلها ملزمة للدولة بما جاء فيها من أحكام ، وفي قول آخر فإن المعاهدة تصرف إلى ما جاء فيها من اجتهاد أو تقليد قوة الزام ووجوب ما كان ذلك الاجتهاد أو التقليد ليتمتع بها لولا أنه صيغ في معاهدة نافذة . إن هذا الوصف الجديد الذى تضيفه المعاهدة على نصوصها هو الذى نتجه إليه ونحن نتكلم عن شروط المعاهدة ومن ثم فإننا يمكن أن نقول إن شروط المعاهدة تعنى في الواقع شروط صيرورة ما جاء في المعاهدة من أحكام ذا قوة الزام ووجوب . ولذا فإن المعاهدة وإن كانت تقوم بدور تشريعى إلا أن قيامها بهذا الدور معلق على ارادة طرفيه - وفي عبارة أخرى فإن الدور التشريعى الذى تقوم به ذا سمة تعاقدية . ولكن هذا لا يعنى أنها عقد لأن العقد كما قدمت يعمل على تحقيق مصالح متقابلة ، أما التشريع فيعمل على تحقيق مصالح متوازية . وهذا هو ما تحققه المعاهدة في المفهوم الذى أعنيه في هذه الدراسة . فإذا عدت إلى البدء أقول إن الشروط الموضوعية - كى تصبح المعاهدة واجبة و نافذة - إلى جانب بديهية أن تكون الأحكام متفقة مع نصوص القرآن والسنة - هى الشروط اللازمة لحجية

الاجتهاد فضلاً على أن تكون مبنية على التراضى بين الطرفين . فهل معنى ذلك أن عيوب الرضا تعيب المعاهدة ؟ يرى الفقه الدولى المعاصر — ويؤيده فى ذلك وفاق فيينا سنة ١٩٦٩ الخاص بأحكام المعاهدات — أن المعاهدة يمكن أن تنالها عيوب الارادة التى تعيب العقد فى القانون الخاص . ويتعرض هؤلاء الفقهاء — عند الكلام على عيوب الارادة — للخطأ والغلط والغش والاكراه . وعندى أن هؤلاء الفقهاء — وإن كانوا هم الكثرة — إنما ذهبوا إلى مذهبوا اليه تحت تأثير افكار القانون الخاص فى نظرتهم إلى المعاهدة على أنها عقد ، فهم يستعيرون من القانون الداخلى — فى خصوص المعاهدة — الأفكار الرئيسة التى تحكم نظرية الالتزام المدنى ولذلك فأنى أنتقد هذا الرأى الغالب الذى يناقش مشروعية المعاهدة على أساس أنه إذا لحقت عيوب بارادة عاقدتها تبطل المعاهدة . والذى يتفق مع منطقى ، هو أن المعاهدة دليل من أدلة الاحكام الدولية يتسربل برداء التشريع ، ومن ثم فكل ما هو مطلوب هو أن تتوافر قرائن معينة تؤكد أن هذا الدليل صحيح ، أى ان هناك معاهدة قد استكملت حقاً شروط نفاذها من حيث الشكل والموضوع — أى الاجتهاد — فاذا لم تتوفر تلك القرائن أهدرت حجية الدليل وسقط التمسك بها .

ولكن هذا الرأى الذى اتمسك به ازاء المعاهدة فى الفقه المعاصر ليس هو مأخذ به بالنسبة للمعاهدة فى الفقه الإسلامى . ذلك أن هناك — فيما ارى — فارق جوهري بين المعاهدة فى كل من الفقهاء . إن المعاهدة فى الفقه المعاصر هى — فى مذهبى — دليل من أدلة الارادة الشارعة الأصلية للدول المتعاقدة فى حين أن المعاهدة فى الفقه الإسلامى دليل من أدلة الاجتهاد أى دليل من أدلة الارادة الشارعة الثانوية لأن الاطراف المتعاقدة لا تملك الارادة الدولية الشارعة الأصلية فى النظرية الإسلامية . إن الارادة الشارعة الأصلية فى مفهوم النظرية الإسلامية — كما قلت أكثر من مرة هى الارادة الإلهية . وكل ما لارادة الأطراف من دور حيال هذه الأحكام هو تفسيرها وتفهم مقتضاها واختيار التفسير الذى يلتزمون به فى علاقاتهم المتبادلة . إن هذا الدور لارادة أطراف المعاهدة هو الذى قادنى إلى القول بأن الدور التشريعى للمعاهدة ذو

طبيعة تعاقدية لأن دور الدول المتعاقدة دور تفسيري تطبقى تختار بالمعاهدة واحداً من بين تفسيرات متعددة يمكن أن تستنبط من النصوص الأصلية وتتفق على الارتباط به في علاقاتها التعاقدية. وإذن فالمعاهدة وثيقة تتضمن أحكاماً شرعية — أى مستمدة من الشريعة الإسلامية — أضفى عليها الأطراف قوة الالتزام في تنظيم علاقاتهم الواحد بالآخر .

لذلك كيف نقول — من الناحية النظرية — إن الإكراه ، والغش أو التغرير ، والغلط تغيب الرضاء .

إن الإكراه الذى يعيب الإرادة هو التهديد بالحاق الأذى إذا لم يستجب المطلوب إليه لطلب الطالب وقد يكون الإكراه ملجئاً إذا كان التهديد فيه بقتل النفس أو باهلاك عضو أو بالضرب الشديد الذى يخشى معه تلف النفس أو العضو أو باتلاف جميع المال أو بالحبس الدائم ، وهذا المفهوم يقابل — على الصعيد الدولى — التهديد باهدار استقلال الدولة أو سلامة إقليمها . والإكراه غير الملجئ هو ماسوى ذلك مما يشق على النفس احتماله . ولاخلاف بين الفقهاء على أن الإكراه الملجئ مفسد للاختيار . أما الإكراه غير الملجئ فهو غير مفسد للاختيار عند الحنفية .

والغش والتغرير هو استعمال حيلة وخدعة مع الطرف الآخر ليقوم على التعاقد ظاناً أنه فى مصلحته مع أن الواقع يخالف ذلك ، وفى قول آخر فإن أحد الطرفين يوهم الآخر بتوافر صفة فى المتعاقد عليه مرغوب فيها ولولاها ما أقدم الطرف الآخر على المعاهدة . وقد يكون التغرير بالتدليس وذلك إذا ما أخفى أحد الطرفين عيباً فى أحد العوضين فى عقود المعاوضات . وحكم التغرير أو التدليس أنه موجب للخيار — على أرجح الآراء — فىكون لمن غرر به أو دلس عليه الخيار ان شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه .

والغلط الذى يعيب العقد هو الغلط الظاهرى — وليس الباطنى أى فى الإرادة الباطنية — ويقصد بالغلط الظاهرى الذى يوجد فى الصيغة ما يدل عليه . وليس كل حالات الغلط الظاهرى معتبرة فى عيوب الرضاء . فالفقهاء

يقصرون كلامهم على الغلط المتعلق بمحل العقد . ومعنى الغلط في محل العقد هو ظهور المعقود عليه على خلاف ما عين بالعقد — ويؤثر هذا الغلط في الرضا لأن العاقد مارضى بالعقد إلا على الحالة التي قدرها وانشأ العقد على اعتبار وجودها فان اختلفت الحقيقة عما قدره فات رضاه بالعقد .

فان وقع الغلط في جنس المعقود عليه بطل العقد وإن وقع في صفة من صفاته يترتب عليه عموم لزوم العقد في حق من وقع الغلط في جانبه ، وتبعا يكون له حق فسخ العقد في العقود التي تقبل الفسخ خلافا للامام أحمد الذي عمن حكم خيار الفسخ في كافة العقود . على أنه يجب ملاحظة أن فوات الوصف يوجب الخيار بشرطين : أن يكون عقد الوصف مما لا يدرك بالمعاينة الظاهرة ، وألا يكون فواته إلى احسن منه . أن الكلام عن هذه العيوب في شأن المعاهدات يثير عندي تساؤلا أوليا حول الارادة التي يمكن أن تعيها هذه العيوب . هل هي ارادة الدولة أم ارادة ممثلها ؟ .

إننا إذا قصدنا نسبة عيب الإكراه إلى ارادة الدولة نجد أن توافر هذا العيب عملا أمر يكاد يكون مستحيلا ، لأن علاقات القوة لم تستبعد نهائيا من العلاقات الدولية « فاعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم » (الانفال / ٦٠) ، ولازالت الحرب — لاسيما في صورتها الدفاعية — مشروعة لأن حق الدفاع الشرعي حق طبيعي « قاتلوهم يعذبهم الله بأيديكم ويخزهم وينصركم عليهم » (التوبة / ١٤) . « ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (البقرة / ١٩٤) . « إذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير » (الحج / ٣٩) . « فان لم يعتزلوكم ويلقوا اليكم السلم ويكفوا أيديهم فخذوهم واقتلوهم حيث ثقتموهم وأولئك جعلنا لكم عليهم سلطانا مبينا » (النساء / ٩١) .

لقد كان الغالب في الفقه الدولي المعاصر أن الإكراه على الدولة لا يعتبر مبطلا للمعاهدة حتى كان وفاق فيينا سنة ١٩٦٩ إذ تضمن ذلك الوفاق نصا

على بطلان المعاهدة إذا وقع اكراه على الدولة أو جرى تهديد بذلك . وبدهى أن يرد تحت هذا البند معاهدات السلام التي يملئها المنتصر تحت حد السيف . قلو أننا اعتبرنا هذه المعاهدة باطلة لملء التاريخ الدبلوماسي بمعاهدات باطلة لعبت دورا كبيرا في تشكيل العلاقات الدولية وتطوير أحكام قانون الأمم. ومن الطلى أن اذكر أن ميثاق الأمم المتحدة والمعاهدة العامة لابطال الحرب تجاهلت أثر الاكراه على المعاهدات التي يبرمها المنتصر . ويقول الفقهاء في تقدير معاهدات السلام إننا يجب أن نبحث عما إذا كانت الحرب قد شنت على خلاف موثيق السلام لاسيما في الحقبة الاخيرة من تاريخ العلاقات الدولية التي تميزت بوثائق دولية تحرم الحرب وتمنع الاكراه في العلاقات الدولية — يمكن أن نعتبر أن عهد عصبة الأمم هو بدايتها — ويقولون إن النظرة إلى معاهدات السلام يجب أن تختلف بحسب ما إذا كانت الحرب التي شنت مشروعة — وعندئذ تكون المعاهدة سليمة — أو غير مشروعة وهنا تكون المعاهدة باطلة . وردى على ذلك أن الحرب لم تمنع تماما فلا زالت هناك — على الأقل — الحرب الدفاعية . وطبيعى أن المعاهدات التي تنهى هذه الحرب لصالح المدافع المنتصر معاهدات مشروعة على الرغم من أنها تبرم تحت اكراه القوة . ثم إن الأخذ بهذا الرأي يعنى أن الحلال بين والحرام بين وأن تحديد من هو المعتدى ومن هو المعتدى عليه هو أمر من السهولة بمكان مع أن الفقه مقرر في شبه اجماع على أن تعريف العدوان في القانون الدولى هو من الأمور التي تكاد تستعصى على الحل . وحتى إذا وجد التعريف — شأن التعريف الغامض الذى أقرته الأمم المتحدة — فإن تطبيقه على واقع الحال يوشك أن يكون ضربا من المتعذر . (راجع كتاب المؤلف — الغنيمى الوجيز فى قانون السلام ، الاسكندرية ١٩٧٧ ، ص ١٠٩ — ١١٢) . أما القول بأن المعاهدات التي تبرم باسم الجماعة الدولية تعتبر معاهدات مشروعة فقول يغرق فى الخيال لأنه يفترض وجود سلطة تمثل الجماعة الدولية وتشن الحرب باسمها وتبرم معاهدات الصلح تحت علمها ، وهذا ما عجزت الأمم المتحدة — على الزغم من تعدد النصوص فى ميثاقها — عن تحقيقه — ولعل الفقهاء

الغريبين يريدون بذلك أن يدعوا أن دول الحلفاء في الحريين العالميتين الأولى والثانية قد أعلنت الحرب باسم الجماعة الدولية ووقعت معاهدات الصلح لصالحها . فان كان هذا هو منطق الرأي فأننى فى غنى بذكره على علته عن أن اضيف قولا آخر لتفنيده .

ويجد الفقه صعوبة فى تأييد مذهبه هذا بالسوابق الدبلوماسية أو القضائية ، ولذا يدور فى فراغ . ثم هو كذلك يقع فى الخطأ التقليدى وهو الخلط بين المعاهدات وبين العقود . وهذا فضلا على أن القول بأن الاكراه الذى يمارس ضد الدولة ذاتها الكى يعتبر من قبيل الاكراه المبطل للمعاهدات لابد أن يتصور مجتمعا دوليا فاضلا تحكمه المثالية والافكار الخيالية . إن كل ما لهذا الرأى من أثر هو تشتيت الفكر واشاعة البلبلة فى العلاقات الدولية إذ يقدم للدول ذرائع جديدة للتخلص من التزاماتها فى شكل دفع بالاكراه .

وإذا كان هذا هو الرأى فى القانون الدولى الوضعى فان الأمر لا يختلف كثيرا فى النظرية الإسلامية . إن الاكراه نظرية تتفق — فى رأى — مع الارادة الحرة الواعية والعلاقات الفردية حيث تلعب الأحلاف والاعتبارات الاجتماعية دورا فى تحديد الروابط الشخصية . أما العلاقات الدولية فتقوم أساسا على المصلحة وليس لها جانب أخلاقى وإن صح أن النظرية الإسلامية ترسم لها اطارا سلوكيا يستبعد التدنى فى مراعاة المصالح عن حد معين من القيم العالمية . ثم ان الارادة التى تتمتع بها الدولة — بوصفها شخصا معنويا على نحو ما أئين فى حينه — ليست ارادة حرة واعية كتلك التى يتمتع بها الفرد وإنما هى ارادة اعتبارية افتراضية . ومن هنا فان الاكراه الذى يقع على الدولة يقع عليها بوصف أنها جماع معنوى لأشخاص يكونون الركن الاجتماعى وهو الشعب .

• وإذن فالمصالح تبرر أن يكون الاكراه وسيلة من وسائل تحقيق هذه المصالح وضمانيها ، بيد أن الاكراه يجب ألا يترتب عليه النيل من شعب الدولة على نحو تأباه الفطرة وتلفظه الإنسانية . وفى هذه الحدود لا أرى أن الاكراه يمكن أن يكون سببا مبررا لبطلان المعاهدة إذا نظرنا إلى الدولة كشخص معنوى . إن

القول بأن الاكراه الموجه للدولة — بوصفها شخصاً معنوياً — يمكن أن يبطل المعاهدة يحتاج إلى تحديد في النظرية الإسلامية . ذلك أن العلاقات الدولية قد تنشأ بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر . وهذه علاقة يحكمها قانون عام إسلامي أكثر منه قانون دولي عام . وهذا طبعاً هو حكم البغاة الذين يجب قتالهم حتى يفيثوا إلى امر الله .

وإما أن تنشأ بين دولة إسلامية ودولة غير إسلامية . والدول غير الإسلامية في مجموعها — من وجهة نظر المفهوم الإسلامي — دار حرب ، وعلاقة الدولة الإسلامية بدولة من دول دار الحرب تتوقف على سياسة تلك الدولة من الدولة الإسلامية . فهي إن نهجت منهج المهادنة والمسالمة كان حكمها هو ماقررتة الآية الكريمة « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين » (الممتحنة / ٨) . وعندئذ لا يقبل من المسلمين أن يمارسوا اكراها على هؤلاء لأن الاقسط لهم يتنافى مع الاكراه . وهنا أقول إن الاكراه يبطل أية معاهدة تبرم مع هؤلاء .

أما إذا عادوا للإسلام امتنع على المسلمين أن يتخذوهم أولياء بل وكان على الدولة الإسلامية أن تمارس ضد هؤلاء من الاكراه ما يؤمن الدعوة الإسلامية . « فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى إذا اثخنتموهم فشدوا الوثاق » (محمد / ٤) . « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » (التوبة / ٥) . « وإن نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا في دينكم فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا إيمان لهم لعلهم ينتهون » (التوبة / ١٢) .

وعلى ذلك فإن النظرية الإسلامية تميز المعاهدات التي تبرمها الدولة الإسلامية مع دول الحرب الذين يناصبون الدولة الإسلامية العداء وتفتح عنوة . وذلك أقرب إلى الواقعية مما يزعم بعض الفقهاء وتذهب إليه أحكام وفاق فيينا لأن المصالح مبنية العلاقات الدولية والقوة هي محركها حتى أن لغة السياسة والدبلوماسية جرت على تسمية سياسات الدول بسياسة القوة politics

power . ولذا فشلت الجهود الفقهية التي حاولت أن تقيم نظرية في خصوص المعاهدات غير المتكافئة اى المعاهدات التي تنطوى على اندام المساواة في المراكز التعاقدية بين طرفيها واختلال في الامتيازات والالتزامات الناشئة منها بالنسبة لكل منها بحيث يؤدي استمرارها إلى انتهاك سيادة الطرف الأضعف واهدار مصالحه الحيوية . (راجع خليل اسماعيل الحدينى — المعاهدات غير المتكافئة المعقودة وقت السلم ، رسالة ماجستير غير منشورة قدمت إلى كلية الاقتصاد والعلوم السياسية بجامعة القاهرة ١٩٧٥) . إذ لم يتمكن الفقه من أن يجعل من عدم التكافؤ — في حد ذاته — سببا مستقلا من أسباب بطلان أو ابطال المعاهدة ومن ثم فإن الاستناد إلى عيوب الإكراه — عند من يرون أنها تطعن على سلامة المعاهدة — للقول بأنها معاهدة غير متكافئة هو من قبيل الخلط بين هذه العيوب وبين عدم التكافؤ كعيب له ذاتيته أو هو ادماج لعدم التكافؤ واذابة له في اسباب تفليدية لبطلان المعاهدة . وفي قول آخر فإن المعاهدات غير المتكافئة هي معاهدات مشروعة في النظرية الإسلامية إذا أبرمت مع دولة معادية تتخذ موقفا عدائيا ايجابيا من الدولة الإسلامية لاسيما ما يطلق عليها مصطلح « بلاد العنوة » اى التي تفتح قهرا .

أما الإكراه الذى يمارس ضد ممثل الدولة فتحكمه في رأى كحكم الإكراه الذى يوجه ضد الدولة وإنما في معنى أن الإكراه الذى يمارس ضد ممثل الدولة المعادية التي تناصب الدولة الإسلامية العداء لا يبطل المعاهدة التي تبرم في ظل هذا الإكراه .

وقد جاءت الآية الخاصة بأهل الكتاب أكثر وضوحا واثباتا في أن الإكراه لا يعد عيبا مبطلا للمعاهدة فيما قدمت من فروض وهى قوله تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » (التوبة / ٢٩) . وسواء فهم الصغار في الآية على أنه الرضا بالذل أم على أنه اصرار احكام الإسلام عليهم مع انهم ممتنعون من الدخول في الإسلام

فان الاستشهاد بالآية سليم في خصوص الاكراه مع ملاحظة أن من تنطبق الآية في حقهم هم تلك الفئة من أهل الكتاب الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق ، الأمر الذى يسمح لى بأن اعمم الاستشهاد بها على غير المسلمين من أهل الكتاب وغيرهم بحيث يكون اكراه هؤلاء عن يد وهم صاغرون على الكف عن العدوان عن الإسلام هو قاعدة من القواعد العامة التى تقبلها النظرية الإسلامية . ويؤكد هذا في مفهومى أن اضعيف قوله تعالى « يا ايها النبى جاهد الكفار والمشركين واغلظ عليهم » (البقرة / ٧٣) فهذا أمر للنبي — وتبعا للمؤمنين — بأن يشتدوا على الكفار والمشركين ، والاكراه صورة من صور هذه الغلظة والشدة .

وهذا مايؤيده في نظرى قول القلقشندى عن المعاهدات التى تبرم بين طرفين أحدهما مضعوف والآخر قوى يقول الفقيه « وإن كانت المعاهدة من قوى لضعيف أخذ في الاشتداد آتيا بما يدل على علو الكلمة وانبساط القدرة وحصول النصر واستكمال العدد وظهور الأيد ووفور الجند وقصور الملاك عن المطاولة وعجزهم عن المحاولة ونحو ذلك مما ينخرط في هذا السلك لاسيما إذا كان القوى مسلما والضعيف كافرا ..

وإن كانت الهدنة من ضعيف لقوى أخذ في الملاينة بحسب ما يقتضيه الحال مع اظهار الجلادة وتماسك القوة خصوصا إذا كان القوى المعقود معه الهدنة كافرا » . (صبح الاعشى — المرجع السابق ، ج ١٤ ص ١٢ — ١٣) .

بقى الكلام عن عيوب الرضا الاخرى وهى الغلظ أو الخطا والغش والتدليس ، وهذه عيوب تتعلق بارادة الاقرار وتبعا فلا يكون تصورهما بالنسبة للشخص المعنوى . وإذن فلا نقبل أن نناقش أثر هذه العيوب على ارادة الدولة لأن الدولة لاتملك الارادة التى يمكن أن ترد عليها العيوب السالفة .

إن هذه العيوب — أن صبح توافرها — قد تعيب ارادة ممثل الدولة ، ولذا

فإن مناط البحث هو مدى تأثير الغلط أو الخطأ والغش والتدليس الذى يعيب ارادة ممثل الدولة على صحة المعاهدة — والقول عندى إننا إذا كنا نتكلم عن ممثل الدولة الإسلامية فإن من الصعب أن نتصور توافر هذه العيوب على أساس أن المعاهدة لاتصح إلا اذا خضعت لاجراء الشورى ، وفى اجراء الشورى اتقاء لمثل هذه العيوب وحماية ضد آثارها فى الارادة وإن قيل : ولكن المعاهدة قد تتم دون شورى فما الحكم إذن . اتول حكمها هو ما اسلفت فى خصوص المعاهدة التى تفتقر إلى اجراء الشورى . فهى معاهدة فاسدة . فاذا قيل : ولكن العيوب التى تعيب الارادة تمس ركنا فى العقد فتبطل العقد وهى بذلك اقوى أثرا على العقد من عدم توافر الشورى . قلت : إن الأثر النهائى واحد من حيث بطلان أو ابطال المعاهدة ، ومع ذلك فإن صاحب المصلحة يكون بالخيار بين أن يستند إلى أى من الطعنين للطعن على المعاهدة . على أن هذه العيوب لاتعتبر إلا اذا نالت من ارادة الامام أو ممثله المفوض — أى وزير التفويض حسب التعبير التقليدى — وقد مر بنا أن للامامة شروطا إن توافرت فى صاحبها يصعب أن نتصور كيف يمكن أن يخطئ أو يدلس عليه إلى الحد الذى يجعل هذا الخطأ أو التدليس عيبا فى الارادة مبطلا للمعاهدة . إن الأخذ بعيوب الرضا فى المعاملات العادية فرض يمكن أن يتحقق لأن ذوى الكياسة والعقول الراجحة والمعرفة الواسعة ليسوا هم الغالبية فى أى مجتمع أما بالنسبة للامام — وهو العالم الكيس الفطن الحكيم — فإن ما قد ينزلق اليه من خطأ أو يقع فيه من غش لايتصور أن يكون حجمه هو الحجم المتطلب للحكم ببطلان التصرف لاسيما فى عصر التقدم العلمى المذهل ناهيك بدولة لها أجهزتها

أما وزير التفويض فعمله — كما قلت آنفا — يخضع لمراجعة الامام فإن رأى الامام — بحكمته وثاقب فكره — أن يفوضه تفويضا قاطعا فلا بد أن يكون قد أنس منه الكفاية والدراية التى تبعده عن الخطأ والغش المبطلين للتصرف .

فإن كان الامام ومفوضه دون المستوى الذى تتطلبه النظرية الإسلامية ولا تتوافر فيهما شروطها فإننا نكون قد خرجنا على احكام النظرية ولا يجوز

تبعاً أن تؤصل الامور على هدى من مبادئها لان الحكم عندئذ يكون لغير ما امر به الله .

اخلص من كل ماسبق إلى أن عيوب الرضا التي تبحثها دراسات القانون الخاص لاتصلح لدراسات قانون الأمم الإسلامى ويكفى لسلامة المعاهدة أن تكون الارادة الظاهرة قد تم الاعراب عنها بالوسائل والعبارات المعبرة عنها فحسب وأن يكون الاجتهاد قد توفرت فيه شروطه .

فاذا قيل: ولكن ما الحكم إذا تغلب على الحكم الإسلامى حاكم دون أن يستوفى الشروط الإسلامية لاسيما وأن الفقهاء يرون أنه إذا كان عدلاً أميناً قادراً على القيام بعبء الحكم الإسلامى وارتضاه الناس فانه يكون حاكماً واجب الطاعة أقول : إن كثيراً من الفقهاء لا يسمون هذا الحاكم بالخليفة بل يسمونه ملكاً عادلاً أو ملكاً طبيعياً كما قال ابن خلدون لقيامه على الاستبداد وهو ما ترفضه تعاليم الإسلام — ويسمونها ابن تيمية خلافة الملوك ، ويمكن أن نسميها بالولاية الدنيوية . وإنه وإن وجبت طاعته فيما ليس بمعصية لأن الحكم فى ظله ضرورة لحفظ الإسلام والمسلمين والضرورات تبيح المحظورات إلا أنه يجب اصلاحه بالحسن وبكل الوسائل الممكنة لان الدين النصيحة والسعى فى تغييره من غير فتنة ولا فساد فى الأرض ولا قتال لأن الفساد فى القتال والفتنة أعظم من الفساد الحاصل بظلمهم بدون قتال ولا فتنة . ولأن الرسول ﷺ قال : « من ولى عليه وال فرآه يأتى شيئاً من معصية الله فليكره ما يأتى من معصية ولا يزعم بزاعن طاعة » وإذن فالفرض المبحوث يعتبر استثناء فى النظرية التقليدية . وضرورة تأخذ حكم الضرورات من تقبل المحظورات واجازة المنوعات ولكنه لا يعتبر سابقة . اما إذا نظرنا اليه نظرة معاصرة فان حكمه يأخذ مايجرى عليه العمل الدولى المعاصر ، وعندئذ تندمج النظرية الإسلامية فى خصوص شروط صحة المعاهدة ، مع النظرية المعاصرة وقد لخصت حكم النظرية المعاصرة فيما سلف من مقارنة .

وهناك عيب آخر سجلته أحكام وفاق فيينا تنص عليه م ٥٠ ويتصل بافساد ممثل الدولة إذ تسمح للدولة بأن تدفع بافساد ممثلها لابطال المعاهدة التي تم الاتفاق عليها عن طريق هذا الممثل الذي جرى افساده بطريق مباشر أو غير مباشر . وتعريف ماهو افساد ليس ميسورا فكثيرا مايجرى في العمل تقديم الهدايا ومنح النياشين كرمز للاحتفال بابرام معاهدة . ولذا حاولت لجنة القانون الدولي وضع معيار ثقلت إن الفساد يشير فقط إلى التصرفات التي تمارس تأثيرا جديا على تصرفات الممثل في ابرام المعاهدة . ولكن النظرية الإسلامية كانت اكثر تشددا فيما يمكن أن يعتبر افسادا للممثل وذلك دفعا لاية مظنة . ويمكن أن نستنبط فلسفة النظرية الاسلامية في ذلك من السابقة التي حصلت في عهد الرسول « المروية في الصحيحين من أن النبي استعمل رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصبغة فلما قدم قال : هذا لكم وهذا أهدي لي ، فقال النبي : ما بال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدي الى . والذي نفسى بيده لا يأخذ منه شيئا الا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته أن كان بعيراله رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تغثو . ثم رفع يديه حتى أدنا عنرقى ابطه وقال « اللهم هل بلغت ، اللهم هل بلغت ثلاثا » . ومن هذا الحديث ندرك أن المعيار الذي يحدد استغلال النفوذ هو استفادة الموظف المادية من وجوده على العمل حتى ولو لم يكن الأمر رشوة وقد علق ابن تيمية على ذلك بقوله « وكذلك محاباة الولاة في المعاملة من المبايعة والمؤاجرة والمضاربة والمساواة والمزارعة ونحو ذلك من الهدية » .

— مدة المعاهدة : يرى الشافعية والحنابلة أن المعاهدة لا بد أن تكون موقوتة بأجل معين وإلا كانت غير جائزة لان المعاهدات الدائمة تؤدي إلى ترك الجهاد بالكلية . وفي تفصيل مدة المعاهدة يفرق الفقهاء التقليديون بين المعاهدات ذات الطبيعة الدستورية التي ابرمها الرسول — ومن بعده خلفاؤه — مع الذميين وغيرها من المعاهدات .

ويتفق الفقهاء على أن معاهدات الفئة الأولى — أي المبرمة مع الذميين

يوصفهم هذا — معاهدات دائمة أبدية . وكانت أول معاهدة أبرمها الرسول هي عهد المدينة الذي عاهد فيه اليهود على السلم وحسن الجوار وكانت دائمة غير موقوتة . ومعاهدة بنى ضمرة ونصوصها تدل على أنها دائمة غير موقوتة بمدة معينة (على على منصور — الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ، بالقاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ٣٧٦) . وإن كنت أرى أن وثيقة المدينة ليست معاهدة وإنما هي دستور الدولة الجديدة .

أما الفئة الثانية فيقسمها الفقهاء إلى قسمين : تفرض لهم عهداً مؤقتاً لم ينقضوه ولم يظاهروا علينا ، وقد أمر الله أن يتم لهم عهدهم إلى مدته ، وقسم من لم يكن لهم عهد ولم يحاربوه ، أو كان لهم عهد : طلق ، وهؤلاء أمر الله أن تؤجلهم أربعة أشهر « براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا في الأرض أربعة أشهر واعلموا انكم غير معجزي الله وأن الله مخزي الكافرين » (التوبة ٢/١) . إن الآية قد أمهلت المشركين أربعة أشهر لا يتعرضون خلالها لايذاء أو عدوان فان تابوا خلال هذه المهلة عدوا من المسلمين أما إذا تولوا وانقضت المهلة دون أن يتوبوا عن الشرك فان الآية تنذرهم بأنهم غير معجزي الله وأن الله مخزيهم .

يبد أن هذا الحكم يتطلب في المسلمين قوة تسمح بأن يفرضوا شروطهم على الكفار وأن يتعهدوهم إن هم لم يستجيبوا لدعوة الإسلام خلال الأشهر الأربعة ، ولذا فإن تحديد أجل المعاهدة بعدة أشهر في اقصاه مشروط بأن يكون المسلمون في حالة قوة .

ولكن ما الحكم لو أن المسلمين كانوا في حالة ضعف وليس في مكتهم أن يملوا شروطهم أو أن يقابلوا قوة المشركين بما يغلبها ، يرى الفقهاء أن ولى الأمر عليه في هذه الحالة أن يبرم المعاهدة لأجل يتجاوز السنة إلى عشر سنوات حسبما تقتضيه حاجة المسلمين ومصلحتهم . فان عقدت المعاهدة لأكثر من عشر سنوات بطلت فيما زاد عن السنوات العشرة في مذهب الشافعية — والامام احمد في بعض الروايات — وإن جاز تجديدها بعهد آخر لمدة أخرى إذا بقيت حاجة المسلمين إلى عقدها . وحجة هؤلاء أن الله تعالى قال « فاقتلوا المشركين

حيث وجدتموهم» (التوبة/٥). وهذا حكم عام؛ ولكنه خصت سنة الرسول في صلح الحديبية إذ هادن الرسول المشركين عشر سنوات ومن ثم فإن ما تجاوز السنوات العشر يبقى حكمه على مقتضى العموم وهو الأمر بقتل المشركين. ومن الفقهاء من قصر الأجل على عامين أو ثلاثة ندعوى أن صلح الحديبية لم يستمر عملاً إلا لتلك المدة القصيرة. وجازت عند الحنفية إذا اقتضت مصلحة المسلمين ذلك. وحجة الحنفية أن الأمر بقتل المشركين الذي وردت به الآية السالفة قد خصت منه العشر السنوات بمعنى هو أن مصلحة المسلمين قد تتحقق عن طريق المعاهدة أكثر منها عن طريق الحرب وهذا المعنى كما يوجد في السنوات العشر يمكن أن يوجد فيها أو عليها (محمد بن أحمد الرملى - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - القاهرة ١٩٣٨، ج ٨ ص ١٠١). ولا يجوز التقليديون - في حالة قوة المسامحة - أن تصل مدة المعاهدة إلى سنة لأن السنة هي المدة التي يدفع فيها الجزية فيمتنع تقرير المشركين فيها دون أن يدفعوا الجزية للمسلمين. وكذلك لا يجوز على الرأى الراجح عند الشافعية أن تكون مدة المعاهدة زائدة على أربعة أشهر ودون السنة.

والحق أن تقسيم الفقهاء القدامى للمعاهدات - من حيث المدة - تقسمة اجتهادية ربما كانت تتفق مع الحياة الدولية في العصر العباسي. ولكنى استبعد أن تكون قاعدة من قواعد النظام العام الإسلامى التى ينبى عدم مخالفتها. ذلك أولاً أن انقسام العالم إلى دار اسلام ودار تخالفين ليس له أساس فى مصادر الشريعة الإسلامية الغراء. وهى التقسمة التى بنى منطقها على فكرة المعاهدات الدائمة مع غير المسلمين. أما التأسى بمثل الرسول فى الحديبية فهو بعيد عن المنطق لأن الرسول أبرم هذه المعاهدة فى ظروف سياسية معينة لمواجهة حاجات معينة وبوحى إلهى. وطبيعى أن الظروف تختلف والحاجات تتغير ولا يمكن مع هذا الاحتمال فى التبدل أن نتخذ من عنصر الأجل الذى حدد أساساً بينى عليه حكم عام إذ ما كان للرسول أن يهادن الكفر مؤبداً. وإذن فالقاعدة الإسلامية التى يمكن استنباطها من معاهدة الحديبية هو جواز عقد معاهدة بين المسلمين وغير المسلمين. أما شروط المعاهدة ومدتها فتدخل فى حكم قوله ﷺ « أنتم أعلم بأمور دنياكم ».

ثم إن الفقهاء القدامى اذنوا — مجتمعين — بان تتجاوز المعاهدة الآجال التى حددوها إذا دعى إلى ذلك ضعف الدولة الإسلامية فإذا كان الأصل أن تبرم المعاهدة لأربعة أشهر والاستثناء هو تجاوز هذه المدة إلى عشر سنوات عند البعض بسبب عدم قدرة الدولة الإسلامية فاني اتساءل كيف يمكن أن نضع حدا أقصى كقاعدة عامة لأجل المعاهدات ونتصور أننا بذلك نضع حكما صالحا لكل زمان ومكان لاثني عشر قرنا مضت منذ أن قال الفقهاء بهذا الرأي . أن المناط هو مصلحة الدولة ومن ثم فإن المنطق يتطلب أن نطلق لهذه المصلحة العنان فلا نحدّها بأجل معين لاسيما وأن من الذين قالوا بهذا الاجل من اضطر إلى قبول تجديد المعاهدة لآجال متتالية .

إن مذهب الحنفية — فى هذا الخصوص — هو أكثر المذاهب اتساقا مع الدوق القانونى والواقع العملى والمصلحة الفعلية للدولة الإسلامية .

إن رأى — فيما ارجح — هو أن نطلق اجل المعاهدات فلا نحد ذلك بحد معتمدين على رعاية ولى الأمر لصالح الدولة ومايراه ويقدره محققا لذلك الصالح فيبرم المعاهدات للأجل الذى يتكفل بذلك الصالح ويرعاه . ولا منطق فى ذلك التفصيل الذى ذهب اليه الفقه التقليدى الإسلامى فيما فرضه من آجال للمعاهدات . فان ابرمت المعاهدة لأجل غير محدد كانت لازمة . وإن دعت المصلحة العامة للمسلمين إلى تقايلها فإن ذلك يمكن أن يتم طبقا لقواعد انهاء المعاهدات التى نتكلم عنها فى حينها من هذه الدراسة .

٣ — عدم مخالفة أحكام المعاهدة لقواعد النظام العام الإسلامى . ذلك أن الأحكام فى الشريعة الإسلامية تختلف من حيث قوة الالتزام . ويقسم الفقهاء الاحكام — من هذه الناحية — إلى حكم تكليفى وحكم وضعى . والحكم التكليفى هو ماقتضى فعلا من المكلف أو كفه عن فعل أو تخيره بين فعل والكف عنه . وأما الحكم الوضعى فهو ما اقتضى جعل شئ سببا لشئىء والحكم عند الأصوليين هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين ، طلبا أو تخيرا أو منعا . وعند الفقهاء التى هى أثر ذلك الخطاب .

ويتطلب. القلشقندى ألا يكون فى المعاهدة شرط يأباه الإسلام كما لو شرط أن يترك بأيديهم مال مسلم أو أن يرد عليهم أسير مسلم انفلت منهم أو شرط لهم على المسلمين مال من غير خوف على المسلمين أو شرط رد مسلمة اليهم فلا تصح المعاهدة مع شيء من ذلك ، بخلاف ما لو شرط رد الرجل المسلم أو المرأة الكافرة فإنه لا يمنع الصحة — (صبح الأعشى — المرجع السابق ، ج ١٤ ، ص ٧ — ٨) . ورأى الأعشى هذا وإن صح من حيث المبدأ فإن الأمثلة التى ضربها فيها قولان إذا قوّمناها على هدى من معاهدة الحديدية . والفرق بين الحكم التكليفى والحكم الوضعى :

١ — أن الحكم التكليفى يقصد به أداء عمل أو الكف عنه أو التخير بين الأداء والكف ، أما الحكم الوضعى فيقصد إلى بيان أن شيئاً سبب لمسبب أو أنه مانع من الحكم .

٢ — أن ما يطلبه الفعل التكليفى لابد أن يكون قدرة المكلف . أما الحكم الوضعى فقد يكون فى مقدور المكلف بحيث إذا باشره ترتب عليه اثره وقد لا يكون فى مقدوره بحيث إذا وجد ترتب عليه اثره . ولما كان الحكم الوضعى لا يرتبط بفكرة النظام العام فأننى أكتفى بكلمة إضافية عن الحكم التكليفى لتعلقه بتلك الفكرة .

ينقسم الحكم التكليفى إلى إيجاب (أى واجب على وجه التحكيم والالزام) وندب (أى ليس على وجه التحكيم والالزام) وتحريم (أى كف على وجه الالزام) وكراهة (أى كف ولكن ليس على وجه الالزام) وتخير (بين فعل الشيء وتركه وهذا هو المباح) .

ويقسم الحنفية الحكم التكليفى إلى سبعة أقسام هى الفرض والواجب والمندوب والمحرم والمكروه تحريماً والمكروه تنزيهاً والمباح . وأحكام النظام العام على هذا التقسيم تشمل الفرض والواجب والمحرم ويمكن أن ندخل فيها — من باب التحرز — المكروه تحريماً .

وعلى هذا فإن أحكام النظام العام — من بين الأحكام التكليفية — هى إيجازاً الأحكام المتعلقة بما هو واجب وما هو محرم

وإذن فأحكام المعاهدات يجب ألا تتضمن — أخذاً برأى جمهور الفقهاء — حكماً يخالف مذهباً واجباً أو مذهباً محرماً والأحكام غير مسموحة . وقد جاء ذلك في الحديث الشريف « كل شرط ليس في كتاب الله باطل » .

ويناقش الفقهاء في — معرض الكلام عن عدم جواز مساس أحكام المعاهدة بقواعد النظام العام الإسلامية — عدداً من الفروض لعل من أبرزها البحث الخاص بمدى سلامة معاهدة الصلح التي تبرمها دولة إسلامية مع دولة غير إسلامية تتعهد فيها الأولى بأن تدفع للثانية مبلغاً من المال .

اختلف الفقهاء في هذا الفرض فقال أحمد بن حنبل والشافعي بعدم جواز ذلك لأنه يظهر الدولة الإسلامية أمام أعدائها بمظهر الضعف والذلة على خلاف قوله تعالى « فلا تهنوا ولا تحزنوا وأنتم الأعلون إن كنتم مؤمنين . (سورة آل عمران ١٣٩) » .

ويتطلب القلقندي شرطاً في المعاهدة أن يكون فيها مصلحة للمسلمين بأن يكون « في المسلمين ضعف أو في المال قلة أو توقع إسلامهم بسبب اختلاطهم بالمسلمين أو طمع في قبولهم الجزية من غير قتال وانفاق مال . فإن لم تكن مصلحة فلا يهادنون بل يقاتلون حتى يسلموا أو يؤدوا الجزية إن كانوا من أهلها » (صبح الاعشى — المرجع السابق ، ج ١٤ ، ص ٧) . ولكن فريقاً من الفقهاء أجاز ذلك بحجة أن الرسول دفع مبلغاً من المال لعيينة بن حصن أثناء الحرب كما احتجوا بقاعدة أخف الضررين أي دفع الضرر الأكبر بالضرر الأصغر . وقد عرف الرأي الأخير مجاله في التطبيق العملي في بعض السوابق الفعلية . من ذلك معاهدتا الصلح اللتان أبرمهما كل من معاوية بن أبي سفيان وعبد الملك بن مروان مع البيزنطيين على أن يدفعوا لهم مبلغاً من المال حتى يأمنوا شر هجومهم على الدولة الإسلامية بينما كان كل من الخلفتين مشغولاً بالفتن الداخلية .

وفي الرأي الذي اعتمده — بناء على أن الضرورات تبيح المحظورات — فإن مثل هذا الشرط يصح إذا دعت إليه ضرورة ملحة كأن يخاف على المسلمين

الهلاك أو الأسر لأن المال هنا يكون بمثابة افتداء للأمة . وهو وأن كان صغارا إلا أنه يدفع صغارا أدهى وأمر وهو القتل والأسر والسبي . ولعل سابقة عرض الرسول على غطفان في موقعة الخندق نسبة من تمر المدينة ما يؤيد جواز مهادة العدو في حالة الضعف على أن ندفع له مالا .

٤ - الرهائن ، فقد تأثر العمل الدبلوماسي الإسلامي - في إبرام المعاهدات - بما كان شائعا في وقته فكثيرا ما كان الطرفان يحتجزان رهائن من بعضهما البعض لضمان تنفيذ المعاهدة .

وإذا كان الرهائن المسلمون كثيرا ما يقتلون غدرا فان رهائن غير المسلمين كانوا يعاملون في دولة الإسلام بالتجلة والاحترام . وكانت عادة المسلمين إطلاق الرهائن وحراستهم إلى مأمهم إذا ما انتهكت دولتهم المعاهدة ونشبت الحرب ، في حين كان العرف السائد عند غير المسلمين هو أسرهم أو قتلهم .

وقد اضطر معاوية بن أبي سفيان عند عقد معاهدة الصلح مع البيزنطيين أن يأخذ منهم رهائن ضمانا لعدم غدرهم ولكنهم غدروا به ، فرد عليهم الرهائن قائلا إن مقابلة الغدر بالوفاء خير من مقابلة الغدر بالغدر .

وبدهى أن اجراء أخذ الرهائن ليس حكما من أحكام النظرية الإسلامية وإنما هو تصرف دعت اليه ظروف الحياة الدولية في حينه تطبيقا لمبدأ المعاملة بالمثل . ومن ثم فاننا في غنى عن أن نناقشه بمزيد من التفصيل (Hamidullah , Muhammad-The Muslim Conduct of State, Hyderabad, 1945, P. 276) .

وكان الرومان يسيرون على قاعدة أخذ الرهائن من الخصم ولا يعطون هم رهائن من قبلهم لان اعطاء الرهائن في نظرهم كان دليلا على أن من يعطيها هو في مركز أدنى ممن يأخذها . وكان عدد الرهائن يعتمد على أهمية المعاهدة . ويعاد الرهائن إذا تحقق الشرط الذي أعطوا من أجله وإذا لم يحدد اجل بقوا أبدا مثل حالة ديمتريوس ابن كسكلوس الرابع . وإذا لم يتحقق الشرط فقد يتعرض الرهينة لاجراءات غير رحيمة . والذي يستقر عليه القانون الدولي المعاصر هو تحريم أخذ الرهائن ، وهو اتجاه لا يتعارض مع نخط النظرية الإسلامية .

بهي في تقويم الاحكام الموضوعية للمعاهدة في النظرية الإسلامية أن اناقش
علاقتها بالاحكام التي وردت في شرائع الانبياء الذين سبقوا محمدا عليه الصلاة
والسلام في تبليغ رسالته . والذي يدعوني إلى مناقشة هذه النقطة هو واقع
الجماعة الدولية المعاصرة التي ترابطت اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا على نحو غير
مسيوق في تاريخ البشرية بحيث يصعب على الدولة الإسلامية الآن أن تقف
بمعزل عن الدولة المخالفة بل وإن دخولها في معاهدات تتضمن أحكاما من
شرائع سابقة امر لا بد أن يثور في أكثر من مناسبة ، ولذا كان لزاما أن نعرض
بكلمة سريعة لمدى سلامة المعاهدة التي تبرمها الدولة الإسلامية ونتضمن
أحكاما من تلك الشرائع . والسؤال هنا لا يفترض وجود الظروف الاستثنائية
التي تبرر أحكاما غير الاحكام العادية . لقد تعرضت لأحكام « شرع من
قبلنا » وعلاقة الشريعة الإسلامية بما سبقها من شرائع في موقع آخر من هذا
السفر ولكني لا أرى غضاظة في أن أعرج عليها هنا بعجالة . يقسم
الفقهاء — عند بحث هذه المسألة — الاحكام الواردة في شرائع السابقين إلى :

١ — أحكام لم يرد لها ذكر في كتاب الله ولا في سنة رسوله . وهذه متفق
على أنها ليست مشروعة للمسلمين .

٢ — أحكام وردت في القرآن الكريم أو جاءت على لسان الرسول وهذه
تنقسم بدورها إلى ثلاث فئات :

(أ) أحكام قام الدليل على أن الله رفعها عن المسلمين ، مثال ذلك الغنائم
التي يستولى عليها القائمون في الحروب فقد قال الرسول « أحلت لي الغنائم ولم
تحل لأحد قبلي » ، فهذه بالاتفاق لاتلزم المسلمين .

(ب) أحكام قام الدليل في الشريعة الإسلامية على أنها مشروعة في حق
المسلمين ، فهذه يجب على المسلمين أتباعها ، مثال ذلك قوله تعالى « يأياها
الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » (البقرة /
١٨٣) .

(ج) أحكام مطلقة مسكوت عن حكمها إذ لم يرد دليل مشروعيتها كما لم يرد دليل بعدم مشروعيتها كقوله سبحانه وتعالى « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » (البقرة / ٢٨) . وهذه يختلف الفقهاء حول حكمها فمنهم من يرى أنها ليست شرعا للمسلمين لأن الأصل في شرائع من قبلنا هو الخصوص بقوم معينين أما الشريعة الإسلامية فعامّة وناسخة لما قبلها ، وعلى هذا بعض أصحاب الشافعي وأحمد في رواية والأشاعرة والمعتزلة . ومنهم من قال بأن هذه الأحكام تكون شرعا في حق المسلمين وعليهم اتباعها لأن ورودها في القرآن أو السنة دون انكار هو اقرار ضمنى لها ، ومن هؤلاء اصحاب ابي حنيفة وبعض المالكية وبعض أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد . وحجتهم في ذلك قول العزيز الحكيم « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى » (الشورى / ١٣) ، وترتاح نفسى لهذا الرأى الأخير لأنه أكثر انسجاما مع تحقيق أساس من الأسس الإسلامية الجوهرية وهى تحقيق الكلمة السواء بين المسلمين وأهل الكتاب « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء » (ال عمران / ٦٤) ، ثم انه أكثر اتساقا مع واقع الحياة الدولية اليرم . هذا فضلا على أن سوابق الرسول الكريم تكاد ترجحه فهو كان أكثر ميلا لموافقة أهل المدينة فيما لم ينزل فيه حكم ، كما في صوم عاشوراء .

ويمكن أن اخلص مما سلف إلى أن الدولة الإسلامية تستطيع أن تبرم مع دولة مخالفة — بل مع دولة اسلامية اخرى — معاهدة تتضمن أحكاما مستمدة من شرائع من قبلنا مادام أن هذه الأحكام قد أقرتها نصوص القرآن والسنة أو على الأقل أوردتها على اطلاقها دون اقرار أو انكار — ولا شك أن هذا يضيف على العلاقات الدولية سمات ويوفر لها اعتبارات تجعل تلك العلاقات أكثر يسرا ومرونة .

فاذا أضفت إلى ذلك أن عددا من الفقهاء — ومن اوائلهم سهيل — يرون أن الدولة الإسلامية يمكن أن تبرم معاهدات غير محددة الأجل مع المخالفين .

وأن هؤلاء المخالفين قد يكونون من أهل الكتاب وقد يكونون من غير أهل الكتاب في معنى أن الطرف الآخر للمعاهدة التي تبرمها الدولة الإسلامية لا يلزم حتماً أن يكون دولة إسلامية بل يمكن أن يكون دولة تدين بعقيدة لها كتاب مقدس أو ليس لها كتاب مقدس بل إننا إذا أخذنا بوجهة النظر المالكية فإن الدولة الإسلامية يمكن أن تعاهد الدول الوثنية . (راجع كتاب المؤلف :

The Muslim Conception of International Law and the Western.

Approach. The Hague. 1968 pp. 197-98.) نجد أن دائرة النظرية الإسلامية يمكن أن تتسع لتغطي العلاقات السلمية والمعاهدات الدولية التي تبرمها الدولة الإسلامية مع أية دولة أخرى بغض النظر عن عقيدتها كتابية كانت أم مشركة . « ووافوا بعهدى أوف بعهدكم وإياي فارهبون » (البقرة/ ٤٠) .

أما وقد قدمت ما قدمت فإن لنا أن نتساءل على هدى مما أسلفت عن حكم دخول الدولة الإسلامية في المعاهدات الجارية حالياً في الجماعة الدولية ، وأقصاها هنا إلى معاهدات السلام ولا أناقش المعاهدات التي تبرم زمن الحرب .

إن هذه الأنماط يجب ألا تتعارض مع القواعد الإسلامية الآمرة فإن هي تعارضت كان دخول الدولة الإسلامية فيها مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام الإسلامي وتبعاً لا يجوز للدولة الإسلامية أن تدخل في معاهدة كهذه . أما إذا كانت أحكام المعاهدة موافقة لأحكام الإسلامية الآمرة فلا غبار عليها وتبعاً يجوز للدولة الإسلامية أن تدخل فيها .

وإذن فأول نقطة جديدة بالإقرار تتعلق بمبدأ إبرام معاهدة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية هل يجوز أن تكون الدولة الإسلامية طرفاً في معاهدة جماعية أطرافها الآخرون أو بعضهم غير مسلمين . ذكرت من قبل أن الإسلام دين سلام وأن العلاقات السلمية هي الأساس في الروابط بين الدولة الإسلامية والدول غير الإسلامية . ولما كانت المعاهدة وسيلة من وسائل دعم العلاقات السلمية فاني — كما أسلفت — لا أرى غضاضة من حيث المبدأ في أن تضم المعاهدة الدول الإسلامية وغير الإسلامية مادام أن ذلك يحقق صالحاً.

للمسلمين . وتدل الممارسة الدولية على أن المسلمين — في صدر بالإسلام —
ابرموا معاهدات مع غير المسلمين .

النقطة الثانية هي موضوع المعاهدة إذ يجب — كما ذكرت — أن يكون موضوع
المعاهدة مشروعاً في حكم النظرية الإسلامية فإن لم يكن موضوعها، مشروعاً امتنع على
الدولة الإسلامية أن تدخل فيها فلو أن هناك موادعة تجمع بين دول غير إسلامية
تتغيا محاربة دولة أو دول إسلامية في المجالات التجارية والاقتصادية يحرم على
الدولة الإسلامية أن تكون طرفاً فيها لأنها تناقض مبدأ الأخوة الإسلامية .

النقطة الثالثة تتعلق بالأحكام التي تحتويها المعاهدة . إذ لا يكفي أن يكون
موضوع المعاهدة — أى غايتها أو هدفها — مشروعاً بل إن أحكامها يجب
كذلك أن تكون مشروعة في حكم النظرية الإسلامية ذلك أن المعاهدة — كما
اسلفت — هي تشريع دولي وتبعاً فانها تضع انماطاً أو قواعد .

النقطة الرابعة هي مدة المعاهدة وقد انحزت إلى الرأى الذى لا يقيد
المعاهدات مع الدول غير الإسلامية بمدة زمنية وتبعاً فان للدولة الإسلامية أن
تدخل مع دول غير إسلامية في معاهدات غير محددة المدة بداءة . وإذا أردت
أن اضرب مثلاً عملياً لتطبيق ما أوضحت آنفاً من أحكام واتخذت من ميثاق
الامم المتحدة مثلاً أجد أن موضوع الميثاق مشروع لأنه ابرم لتحقيق السلم
والامن الدوليين ودعم الرفاهية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة الدولية وتلك
مقاصد يستهدفها الإسلام . بيد أن من أحكامه ما يثير التساؤل
طبقاً للنظرية الإسلامية . فهناك مثلاً حق النقض (الفيتو) الذى تتمتع به
الدول ذوات المقاعد الدائمة في مجلس الامن وكلها دول غير إسلامية . إن هذا
الحق يعطى للدول المذكورة علوية على الدول الإسلامية في حين أن العلوية
يجب أن تكون دائماً للدول الإسلامية طواعية لقوله عز وجل « ولا تنهوا
ولا تحزنوا وأنتم الاعلون إن كنتم مؤمنين » (آل عمران / ١٣٩) . بيد أن
هذه العلوية محجوبة في هذا الزمان عن الدول الإسلامية بسبب الضعف
العسكرى والاقتصادى والتقانى الذى تعانيه فهى اذن في وضع استثنائى يفرض

عليها حكم الضرورات التي تبيح المحظورات ولذا يمكن أن نقول تجاوزا إن الدولة الإسلامية تستطيع — على سبيل الاضطرار — أن تقبل هذا الحكم مؤقتا إلى أن تتوافر لها الشوكة التي تستطيع أن ترهب بها عدو الله وعدوها . لأن من أحكام ميثاق الأمم المتحدة ما لا يتفق مع أحكام النظرية الإسلامية ولذلك فإن الرأي عندى هو أن مشروعية انضمام الدول الإسلامية إلى الميثاق لا تبررها إلا حالة الضرورة . وتبعاً فإن على الدول الإسلامية أن تضع في اعتبارها أن عضوية هذا الميثاق لا تبررها إلا حالة الضرورة . وتبعاً فإن على الدول الإسلامية أن تضع في الحسبان أن تعديل هذا الميثاق بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية غاية لا استمرار بقائها طرفاً فيه إن هي بلغت شأواً بعدها لأن تتمسك بأحكام شريعتها الغراء والا وجب عليها عندئذ أن تنهى عضويتها إذا لم تتمكن من تنقيح الميثاق .

وقد يكون من المناسب أن أضيف كلمة هنا عن الانضمام إلى المعاهدات . وتقسم المعاهدات — بالنسبة لهذه المسألة — إلى فئتين : فئة المعاهدات المقفلة التي لا تسمح للغير بالانضمام التلقائى إليها ، وفئة المعاهدات المفتوحة التي تحوى نصاً يجيز انضمام الغير إليها .

وتعرف النظرية الإسلامية هاتين الفئتين : ومثل المعاهدات المقفلة معاهدات الأمان لدولة بعينها . ومثل المعاهدات المفتوحة معاهدة الحديبية فقد احتوت على نص صريح يجيز انضمام الغير إليها وتجربى عبارته على النحو التالى : « من أحب أن يدخل فى عقد محمد وعهده دخل فيه ، ومن أحب أن يدخل فى عقد قريش وعهدهم دخل فيه » . أى أن المعاهدة تفتح باب الانضمام أمام قبائل العرب كى تنضم إليها إلى جانب أحد الطرفين الأصليين .

وقد انضمت قبيلة بنى بكر ودخلت فى عهد قريش وانضمت قبيلة خزاعة ودخلت فى عهد المسلمين ، والطريف أن هذا الانضمام أدخل القيلتين اللتين كانتا المبرر لفتح مكة إذا اعتدت حليفة قريش على حليفة المسلمين فاستجارت

خزاعة بالرسول فانتصر لها وزحف على مكة ثم كان الفتح المبين ودخول الناس في دين الله أفواجا .

وبد هي أننا لانتوقع أن يجرى الانضمام بالشكليات التي نعرفها اليوم عند الانضمام . ولكن الذى يهم هو أن مدرك الانضمام — كقاعدة عامة — كانت له تطبيقاته الواضحة في النظرية الإسلامية والدعوة لازالت في بداياتها .

التحفظات على المعاهدة :

لم تشغل مشكلة التحفظات بال الفقهاء الدوليين إلا مؤخرا ، ولعل مرجع ذلك هو إلى أن المعاهدات الجماعية — وهي المجال الحقيقي للتحفظات — لم تصبح واقعا جاريا في العمل الدولى إلا في تاريخ غير بعيد . ولعل افتقار السوابق الإسلامية الأولى إلى المعاهدات الجماعية كان كذلك سببا في عدم تعرض النظرية التقليدية لهذا البحث اطلاقا .

وقد عرف مشروع هارفارد التحفظ بأنه بيان رسمى تخصص بمقتضاه الدولة — لدى التوقيع على المعاهدة أو تصديقها أو الانضمام اليها — أحكاما معينة تحد من أثر المعاهدة في علاقة الدولة بالدول الاخرى أطراف المعاهدة . وذلك كشرط لقبول الدولة أن تصبح طرفا في المعاهدة .

ومن ثم فإن التحفظ يتميز بأنه اعفائى أى يعفى الدولة من تطبيق بعض أحكام المعاهدة .

وقد بنت عصبة الامم قاعدة التبول الجماعى للتحفظات إلى حد أنها أصبحت تعرف باسم قاعدة العصبة . ومعناها أن رضاء اطراف المعاهدة جميعا بما يرد عليها من تحفظات امر ضرورى لسريان التحفظ . ولكن الامم المتحدة قررت — بمناسبة التحفظات التي ارادت بعض الدول اجراءها على اتفاقية الاصطلام (اباداة الجنس البشرى) — أن تستفى بمحكمة العدل في حكم التحفظات . وقد أفتت المحكمة في فتواها أن المشكلة تمس مبدأين جوهريين هما : أن الدولة لايمكن أن تتقيد في علاقاتها الوفاقية دون رضاها . وأنه لا بد

لكافة الدول الاعضاء — كى تحافظ على وحدة الوفاق — من أن تقبل التحفظ . ولكن المحكمة اتجهت إلى التخفيف من حدة تناقض المبدأين انسجاما مع الصفة العالمية للامم المتحدة ومايستتبع ذلك من الحرص على توسيع رقعة الدول المنضمة إلى الوفاقات التى تتبنى الامم المتحدة مشروعاتها وانتهت إلى جواز اجراء التحفظات على المعاهدات حتى ولو كانت محل اعتراض من قبل اطراف آخرين فى المعاهدة مادام أن التحفظات تتفق مع اغراض وأهداف تلك المعاهدة . وإذا كان لكل دولة رخصة رفض التحفظ فانها يجب — فى ممارستها لهذه الرخصة — أن تهتدى بمقياس التناسق بين التحفظ وبين أهداف المعاهدة .

ولكن ماتحدثت به لاينفى أنه إذا كانت المعاهدة قد توقعت مشكلة التحفظات ونصت ازاءها على حكم فان هذا الحكم هو الذى يتبع إذ لااجتهاد مع النص إذا ثبتت قطعيته

بعد هذا العرض السريع لحكم التحفظات فى القانون الدولى المعاصر اتجه إلى النظرية الإسلامية لاستجلاء حكم التحفظات فيها . إن هذا البحث فى نظرى يمكن استنباط افكاره العامة من الاحكام الخاصة بالشروط وذلك بالنسبة للدولة المتحفظة — ومن الاحكام الخاصة بالخيارات وذلك بالنسبة للدولة أو للدول الاطراف الاخرى فى المعاهدة . وإذا كنت استعين باحكام الفقه المعاصر فى وضع أحكام القانون الدولى فقل قد كانت تلك سنة الفقه الغربى عندما بدأ ارساء أحكام القانون الدولى الحديث ، فضلا على أننى اسلفت بأن القانون الدولى الداخلى فرعان من نظام واحد . ثم اننى لا آخذ الامور على عواهنها بل اسبغ عليها الطابع الدولى بما يناسب المقام . وأفصل مااجملته فى السطور التالية :

الشرط — فى معناه الواسع — هو المتطلب الاساسى العام لمشروعية تصرف قانونى ، وهو بذلك يقابل العناصر الاساسية فى العقد التى يطلق عليها أركان العقد .

ذلك أن المتعاقدين يجدان في بعض الأحيان أن الآثار التي رتبها الشارع على العقد لا تحقق أغراضها فيضطرا إلى التغيير فيها إما بالزيادة أو بالنقص في أثناء العقد . فيضيف أحدهما في الصيغة قيدا على هيئة شرط يقبله الآخر فيحدد من أثر الصيغة الأصلية بالنسبة لأحدهما لصالح الآخر .

إننا إذا انصمنا النظر نجد أن التحفظ — في قانون الأمم المعاصر — لا يمكن إضافته إلا أثناء إبرام المعاهدة لأن المتحفظ إذا كان طرفا في المعاهدة وجب عليه أن يقدم تحفظه قبل اتمام اجراءات امضاء المعاهدة بتبادل التصديقات . وكما أن المنضم إنما يبدى تحفظاته أثناء الانضمام ، أي أثناء صدور الإيجاب منه بقبول الالتزام بأحكام المعاهدة ، فإن الأمر — لسريان تحفظات معينة — يتوقف على قبول الأطراف الأخرى ولذا فإن التعريف الإسلامي يختلف هنا عن المفهوم المعاصر لوقت ابداء التحفظات .

ويقابل التحفظ في النظرية الخيرية أحكام الشروط الأخير — في الشريعة الإسلامية — ولا يلزم هذه الشروط من أن تكون استقلالية أو تبعا لعقد . فإن كانت استقلالية فهي لغو لا قيمة له فلا تلزم المشتري ولا المشتري له ولا القابل . والواقع أنه لا يوجد شرط مستقل لأن معنى الشرط أن يكون عقدا . وأن يشترط أحد العاقدين شيئا فيه ، وهذا هو الشق الثاني من البحث فيكون الشق الأول — وهو وجود شرط استقلالي مجرد فرض .

وأما الشروط التبعية فهي أن يتعاقد اثنان أو أكثر عقدا ملزما ويشترط أحدهما فيه ويستوى الشرط لنفس العاقد أو للغير فما صح اشتراطه لأحد الطرفين يجوز اشتراطه للغير . ويصبح الشرط في العقد للغير فيما يقتضيه العقد وفيما لا يقتضيه ولا ينافيه ، ولا يصح فيما لا يقتضيه العقد وينافي المعقود عليه . على خلاف عرضت له عند الكلام على خيار الشرط .

إن الشرط بمفهومه العام السالف لا يخرج — في عمومته — عن المفهوم الاجمالي للتحفظ في القانون الدولي . ومن هنا كان وجه التشابه الذي دفعني

إلى أن استمد أحكام النظرية الإسلامية في التحفظات من الأحكام التي عرضتها بالنسبة للشروط .

والجدير بالذكر أن الشارع لم يترك الشروط لاهواء المتعاقدين وإنما حرص على عدم الإخلال بنظام التعامل . ولذا أباح الشروط لتحقيق رغبات المتعاقدين ولكن في إطار مالا يناقض مقتضيات العقود الأصلية أو قواعد الشريعة وأصولها . وقد روى عن الرسول في شأن الشروط قوله ﷺ « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » وقوله « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » كذلك يفعل القانون الدولي المعاصر فهو يضع أحكاما للتحفظات ولا يتركها مطلقة لهوى المتعاهدين .

ويمكن أن نقول في اجمال إن الشروط العقدية نوعان : مباح يجب الوفاء به . وغير مباح أي منهي عنه . وهذا القول يضعنا أمام مشكلة تحديد الشروط المباحة وتمييزها عن الشروط غير المباحة . وقد اختلف اجتهاد الفقهاء في تحديد معيار التفرقة بين النوعين .

فالظاهرية يتمسكون بظاهر حديث الرسول « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » . ولا يبيحون للمعاقدين شيئا من الشروط إلا إذا ورد به دليل خاص من القرآن أو الحديث وهذا رأى يقابل في مفهومى ماسبق أن اشرت اليه باسم « قاعدة العصبه » ولكن بمنطق اسلامي فهو إذ يشترط النص المبيح يفترض القبول الاجماعي لان الاعتراض على التحفظ لا يكون له سند إذا ما كان اعتراضا على مايبيحه نص . ويقف الحنابلة على طرف نقيض من الظاهرية فيطلقون الحرية للمتعاقدين في اشتراط مايرون شريطة الا يكون ذلك منهيًا عنه بنص خاص أو يرد على اصل العقد بالنقض والالغاء . وحثهم أن الحديث . « المسلمون عند شروطهم » جعل الاصل في الشروط هي الاباحة .

ويتوسط الجمهور من الفقهاء فلا يشترطون نصا خاصا في الاباحة ولا يجعلون الأصل الاباحة بل يميلون إلى تقرير ان الأصل في الشروط هو الحظر ولكنهم يجيزون شروطا على سبيل الاستثناء . بيد أنهم يتوسعون في هذا

الاستثناء عن الظاهرية . وقد استثنى الحنفية أربعة أنواع من الشروط حكموا بصحتها هي :

- ١ — الشرط الذى يقتضيه العقد *Conditio iuris* كأن بشرط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع . واشترط الذى يقتضيه العقد لا يثبت شيئا جديدا غير ما يقتضيه العقد ويوجبه . ولذا فان بعض الفقهاء يتشكك فى صحة وصف هذا النوع بأنه شرط مادام أنه لا يضيف إلى موجبات العقد أو ينقص منها .
- ٢ — الشرط المؤكد لمقتضى العقد . مثل اشتراط رهن بالثمن عند تأجيله . وهذا الشرط يعتبر شرطا ملائما موافقا للعقد .
- ٣ — الشرط الذى ورد به الشرع . ويشمل ما ورد به نص خاص كاشتراط الزوج على زوجته أن يكون له حق الطلاق إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك . ومألحق به بطريق القياس كخيار التعيين .
- ٤ — الشرط الذى جرى به العرف . مثل اشتراط المشتري حمل البضاعة إلى مكانه . وهذا الشرط يتوسع فى الشروط الصحيحة إلى حد يكاد يقارب بين الحنابلة والحنفية لأن العرف يمكن أن يطوى نطاقا واسعا من الشروط إذ القاعدة هى اعتبار العرف مادام أنه يخالف نصا أو يناقض قاعدة شرعية .

أما عدا هذه الاستثناءات فان الشرط يكون غير صحيح وهو أما أن يكون فاسدا أو باطلا (راجع المبسوط للسرخسي — ص ١٣ ، ص ١٤ وما بعدها) .

وهذا الاتجاه ينسجم كثيرا مع الفتوى التى ابدتها محكمة العدل الدولية فى شأن التحفظات الخاصة بمعاهدة الاصطلام (ابادة الجنس البشرى) — أما رأى الحنابلة فيتجاوز تلك الفتوى ، وهو عندى الرأى الاكثر قبولا لاسيما بالنسبة للمعاهدات التى يراد لها أن تكتسب أكبر قدر من العالمية . فهو بما يرفعه من حرج عن الدول التى تريد الالتزام بأحكام المعاهدة — يسمح لأكبر

عدد من الدول بتصديق المعاهدة أو الانضمام إليها بما تراه محققا لصالحها مادام أن تلك التحفظات لاتناقض مقتضى المعاهدة أو مايكون قد ورد نهى فى احكام الشريعة — أو احكام المعاهدة التى لاتخالف نصا شرعيا، عنه .^{٢٣}

والشرط المحظور يعتبر فاسدا إذا كان فيه منفعة لاحد الطرفين كأن تشترط الزوجة عدم انتقالها من البلد الذى تزوجت فيه ، أو منفعة لغير الطرفين كأن يشترط البائع على المشتري أن يؤجر العين لشخص بالذات . والشرط الفاسد لايجب الوفاء به فان كان فى عقد من عقود المعاوضات المالية تعدى فساده إلى العقد فأفسده . وإما كان فى غير تلك العقود كان صحيحا وبطل الشرط . أما عند الحنابلة فان الشرط الذى ورد النهى عنه — كأن يشترط البائع على المشتري أن يهبه شيئا — فانه يتعدى إلى العقد فيفسده .

أما إذا خلا الشرط المحظور من الاوصاف الصحيحة ولم يكن فيه منفعة لاحد الطرفين ولا لغيرهما فهو باطل كأن يشترط البائع على المشتري الا يزرع لمدة سنة . ومثل هذا الشرط يبطل ويبقى العقد صحيحا . ولا أريد أن اطيل فى احكام الشروط فهى باب بذاته ويتجاوز بتفاصيله معالجة تستهدف استبيان الاحكام فى نظرة عامة .

وبيين مما سبق أن منافاة الشرط لمقتضى المعاهدة يجعل الشرط فاسدا عند كل من الحنفية والحنابلة ولكن الحنفية توسعوا فى فهم مايعد منافيا فكل مايجد من آثار العقد (المعاهدة) — ولو كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين — يعتبر عندهم منافيا لمقتضى العقد مادام أن ذلك مبطل للمقصود الاصلى من العقد بل قالوا : إن مثل ذلك يعتبر من قصد العقد لان مصلحة العامة مصلحة للعقد ذاته : فلو شرط البائع على المشتري أن يبيع مااشتراه فانه يكون مبطلا للمقصود الاصلى من العقد ، وهو الملك المبيع للتصرف ، بخلاف ماإذا شرط الانتفاع به مدة معينة كسكنى الدار ، أو زراعة الارض ، فانه لا يكون منافيا عندهم .

إن نظرة قاحصة إلى احكام الشروط لابد أن تستثير الدهشة لان ماانتهى اليه الفقه الدولى المعاصر وماأفتت به محكمة العدل الدولية فى شأن التحفظات يكاد

يتناقض مع ما سطر فيه الشريعة الإسلامية من ضمان الضرورة ، إذ ما سمعنا هذه الأحكام على استعداد الدول وبتشاهيد قانونها .

إن الاهتداء بالمفاهيم الإسلامية التي أوجزت أسسها العامة فيما سلف ينتقل بها إلى المبادئ التالية :

١ — يجوز للدولة أن تبدي تحفظات على المعاهدة التي تتجه إلى الالتزام بأحكامها .

بيد أن بعض هذه التحفظات تعتبر صحيحة شرعا وبعضها غير صحيحة على ما أسلفت من تفصيل .

٢ — إذا اعترضت دولة متعاقدة على تحفظ فان ذلك لا يمنع من أن تدخل المعاهدة طور التنفيذ في علاقة الدولة المعارضة بالدولة المتحفظة ما لم تبد الدولة المعارضة قصدا مغايرا بطريقة قطعية .

٣ — يصبح تصريح الدولة الذي يفصح عن قبولها للالتزام بمعاهدة والذي يحتوى على تحفظ فعالا حالما تقبله دولة اخرى متعاقدة على الاقل . وعندئذ تصير الدولة المتحفظة طرفا في المعاهدة في علاقتها بالدولة التي قبلت التحفظ .

٥ — يتطلب التحفظ موافقة الجهاز المختص بالمنتظم إذا كانت المعاهدة وثيقة منشئة لمنتظم دولي وذلك ما لم تنص المعاهدة على غير ذلك .

وتضيف معاهدة فينا للمعاهدات قرينة قانونية على قبول التحفظ إذا لم تعترض الدول عليه خلال اثني عشر شهرا من ابدائه . وهذا حكم لا يرى غضاظة في قبوله ضمن أحكام النظرية الإسلامية لانه من الاستعارات التي تقتضيها الحياة المعاصرة ولا يخالف اصلا من أصول النظرية الإسلامية .

هذا هو الحكم بالنسبة للدولة المتحفظة فما هو الحكم بالنسبة للدول الأخرى اطراف المعاهدة ؟ .

إن الاجابة على هذا السؤال يمكن الاستدلال عليها — فيما أرى —

بالرجوع إلى القواعد الخاصة بالخيارات . والخيارات مفردها الخيار وهو شق من الاختيار ومعنى الخيار لغة طلب خير الأمرين أو الأمور . ولا يعد المعنى الفقهي عن المعنى اللغوي . فالفقهاء يقصدون بالخيار أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما الحق في تخير أحد الأمرين : إما امضاء العقد وتنفيذه ، وإما إفساخه ورفع من أساسه .

والخيارات منها ماورد به نص خاص — كخيار الشرط — ومنها ماثبت بالقياس — كخيار النقد والتعيين ، ولذا فإن الفقهاء — وإن اتفقوا على بعضها — إلا أنهم يختلفون على الكثير منها . فبعضهم يعدها ثلاثة عشر (ابن نجيم المصري الحنفى — البحر الرائق ، ج ٦ ، ص ٢ وما بعدها) . وآخرون يعدونها ثمانية عشر (السيوطى — الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ١٩٤ وما بعدها) . وفريق ثالث يعدها تسعة عشر (حاشية ابن عابدين « إرد المختار » الدر المختار شرح تنوير الأبصار » ، ج ٤ ، ص ٩٦ ، وما بعدها) .

ولكننا لا نحتاج للالتجاء إلى الأحكام الخاصة بالخيارات إلا فى بعض الفروض دون البعض الآخر . فقد سبق أن استعرضت الأحكام الخاصة بالشروط وأوضحت فى ذلك العرض أن من الشروط ما هو باطل ومنها ما هو فاسد ومنها ما هو صحيح . فإن كان الشرط باطلاً أو فاسداً فإن بطلانه أو فساده يغنى الدولة الطرف الآخر عن أن تلوز بقواعد شرعية إضافية اذ يكفى الطعن ببطلان الشرط أو فساده لاهداره واسقاط وجوبه أصلاً .

أما إذا كان الشرط صحيحاً ولم تكن الدولة الطرف الآخر قابلة له فهنا تملك الدولة — على المفهوم الذى اقبله — أن تلجأ إلى قواعد الخيارات للتخلص من حجية هذا الشرط والزامه .

ويثبت الخيار لطرفى المعاهدة — كما يثبت لطرفى العقد — وهو يثبت بإيجاب الشارع حتى ولو لم يشترطه الطرفان . ويختلف الفقهاء فيما إذا كان يحق لأحد الطرفين أن يشترط الخيار لاجنبى . ويقع الفسخ الذى يريده صاحب الخيار

دون توقف. على قضاء القاضى فى بعض الخيارات وقد يتوقف على رضا القاضى — على خلاف — فلا يثبت قبله .

وفى تقرير القواعد التى يمكن أن تجتج بها الدولة الراضة يمكن أن نستعين بالقياس إذا تطلب الأمر ولذا فإننا لسنا مقيدين — فى هذا النطاق — بما ورثناه عن الفقه التقليدى من اجتهاد مكثفين بالحكم العام للخيار وهو حق الدولة فى أن تختار ما تراه أكثر تمشياً مع مصالحها بين قبول الشرط وإهداره . ويمكن — فى عملية القياس التى نقوم بها لاستنباط الأحكام المعنية — أن نتخذ من خيار الشرط أساساً فى شأن المعاهدات التى تتضمن شرطاً يعالج التحفظات فيكون للدولة أو الدول الطرف الآخر — فى حدود مانص عليه الشرط الوارد بالمعاهدة — أن تقبل التحفظ الذى تشترطه الدولة المتحفظة أو أن ترفضه إذا كان الشرط يسمح لها بذلك وعلى النحو وفى خلال المدة التى ينص عليها هذا الشرط .

أما إذا تضمنت المعاهدة نصاً يبيح التحفظات فالقاعدة عندى أن الدولة أو الدول الطرف الآخر لا تملك أن ترفض هذا التحفظ مادام أنه صحيح شرعاً أى مادام أنه مؤكد لمقتضى العقد أو ورد به الشرع أو جرى به العرف ، ورأى هذا أدخل فى باب الاستحسان منه فى باب القياس . وأناقش الاستحسان تفصيلاً فى مبحث لاحق وأوجزه هنا .

لقد استعمل الشافعى اصطلاحى « الاستحسان » و « رأى » كصنوين واستخدم مالك الاصطلاح للتعبير عن الآراء التى لا يجد لها سنداً من السنة (مدونة ابن القاسم . القاهرة ١٣٢٣ هـ . ج ١٦ ص ٢١٧) . وقال أبو يوسف فى كتاب الخراج عن الاستحسان انه ما يراه هو واستحسنه (كتاب الخراج . طبعة بولاق . ١٣٠٢ هـ ص ١١٧) . وقد رفض الشافعى الاستحسان وايداه الحنفية وربما كان رفض الشافعى لأن التعبير لم يكن قد اكتسب معنى دقيقاً محدداً بعد . وهو يعنى الآن الحكم الذى يخالف القياس لاى سبب كان ولذا يطلق عليه البعض مسمى « القياس الخفى » مقابل « القياس الظاهر » وهو الذى يعرف بالقياس عموماً . والاستحسان لغة وجود

أشياء حسنا يقول الرجل استحسنت كذا أى اعتقدته حسنا على ضد الاستقباح . أو معناه : طلب الاحسان للاتباع الذى هو مأمور عليه به كما قال تعالى « فبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » . (راجع فى الاستحسان ماورد فى الدراسة الخاصة بضوابط التفسير) .

إن الأساس الشرعى الذى استند اليه فيما أسلفت هو أن الخيارات جاءت على خلاف القاعدة إذ تسمح لاحد الطرفين بأن يستقل وحده بانهاء العقد فى حين أن القاعدة العامة تجعل من العقد شريعة للمتعاقدين ولذلك سار وفاق فيينا على هدى القاعدة العامة وأن كان قد تخفف منها بعض الشيء بالقرائن التى تبنها والتى يمكن اهدارها لو أن الطرف الذى لا يريد أن يلتزم على غير ارادته أبدى اعتراضه خلال الاجل المضروب لذلك . بيد أننى احب أن اوضح امرا قد لا يبدو جليا فى عرضى السابق ذلك أن ماأعرضه من احكام للخيارات قصدت به أن يكون هاديا لصياغة النصوص التى تضبط حق الدول فى قبول أو رفض التحفظ إذا رغبت الدول فى أن تورد نصا بذلك فى المعاهدة . اما اذا خلت المعاهدة من نص فان رأى عندى هو ماقدمت وهو سقوط الخيار اكتفاء بتطبيق ماأسلفت من القواعد الخاصة بالتحفظات .

ومن ثم فان النظرية المعاصرة تتفق فى عمومها مع النظرية الإسلامية فى شأن التحفظات . ولعل النقطة التى تحتاج الى ابراز فى المقارنة بين النظرتين هى أن النظرية الإسلامية — على خلاف بين المذاهب — واضحة فى قبول التحفظات التى جرى بها العرف ورفض التحفظات التى ورد النهى عنها ، اما النظرية المعاصرة فليست جلية فى شأن هذين الفرضين ، إذ لانستطيع أن نقول إن التحفظات التى تتفق مع ما جرى به العرف جميعها تحفظات صحيحة لاسيما وأن فتوى محكمة العدل اقتضت — فى تصحيح التحفظات — على مايقابل فى النظرية الإسلامية التحفظات التى يقتضيها العقد أو المؤكدة لمقتضاه . كما أن ابطال التحفظ لورود النهى عنه له مايرره فى النظرية الإسلامية التى تعرف — كما قدمت — قواعد من النظام العام الامر الذى يصعب أن نجد له عديلا مطابقا فى النظرية المعاصرة ولانسى هنا أننا أمام تشريع تعاقدى وليس عقدا .

١ - القوة الملزمة للمعاهدات بالنسبة لأطرافها :

لامراء في أن المعاهدة تعتبر حجة على من أبرموها ونافذة في حقهم غير أن الجدل يثور حول أثر المعاهدة بالنسبة للغير ، أي الدول التي لم تسهم بإرادتها الشارع في سن المعاهدة .

ولكن ماهو المفهوم القانوني للقوة الملزمة للمعاهدة في النظرية الإسلامية ، ومامدى هذا الالتزام ؟ هناك حقيقتان توضحان الاجابة على هذا السؤال ، هما :

(١) أن قوة الزام المعاهدة بالنسبة للطرف الآخر تكمن في مدرك الذمة الإسلامية .

(٢) السمة الإلهية للالتزام في النظرية الإسلامية .

والحقيقتان تتكاملان إذ تندمج احدهما في الاخرى أو كما يقولون فهما وجهان لعملة واحدة ، ذلك أن الدولة الإسلامية عندما تبرم معاهدة إنما تعطى ذمتها وذمة الله ورسوله إلى الطرف الآخر بوصف أن العهد عهد الله « وأوفو بعهد الله إذا عاهدتم » (النحل / ٩١) . « الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق » (الرعد / ٢٠) .

ومن السمات المميزة للمعاهدة الإسلامية أنها تتضمن عبارات لتوكيد الالتزام بأحكامها وطمأنة الطرف الآخر على أن الدولة الإسلامية سوف تتقيد بأحكامها . وتجري هذه العبارات حول منح ذمة الدولة المتعاهدة وكذا ذمة الله ورسوله للطرف الآخر . وفي قول آخر فإن الذمة تعبر عن توثيق الالتزام . فماذا تعنى هذه الذمة ؟ .

: إن مدرك الذمة الذى ابتغى توضيحه هنا هو أثر من آثار مبدأ الجهاد في معنى الحرب المقدسة والذى رتب - من بين نتائج أخرى - تقسمة العالم إلى دار اسلام ودار مخالفين - ودار المخالفين تشمل دار الحرب ودار الصلح أو العهد التى يمكن أن نطلق عليها باللاتينية Civitas foederatae .

والذمة لغة «هى العهد منسوب إلى الذمة. قال الجوهري أهل الذمة أهل العهد وقال أبو عبيدة الذمة الأمان فى قوله عليه السلام ويسعى بذمتهم أدناهم وقوم ذمة معاهدون أى دور ذمة ... وفى الحديث ذكر الذمة والذمام وهما بمعنى العهد والأمان والضمان والحرمة والحق وسمى أهل ذمة لدخولهم فى عهد المسلمين وأمانهم وفى التزييل العزيز لا يرقبون فى مؤمن إلا ولا ذمة قال الذمة العهد واحلال الخلف ». (لسان العرب لابن منظور ، ج ١٥ ، ص ١١١ — ١١٢) . والدمى فى اسبانيا الإسلامية ، هو اليهودى أما المسيحى فكان يسمى المعاهد .

أما الذمة قانونا فترتب الاعتراف لمن تمنح له شخصية قانونية يتميز بها عن الحرى الذى لا يعترف له بتلك الشخصية مطلقا والمستأمن الذى يكون له حق محدود ، كما ترتب كذلك ضمان حرياته العامة والخاصة . ولذا تعنى الذمة التزام المسلمين بالكف عن اتيان أى عمل عدائى ضد أهل الذمة ، وتحمل المسلمين بالمسؤولية عما يصيب أهل الذمة من اضرار فى أنفسهم أو فى أموالهم .

ويرى الفقهاء أن الذمة عهد ثنائى يخضع — من حيث قوة الزامه وشروط سلامته — للتواعد التى تحكم فى القانون الخاص مايرمه الأفراد من عقود . (ابن تيمية بعد عقد البيع وعقد الزواج وعقد التهمة (ابن تيمية — سارم السلول على ساطم الرسول ، حيدر اباد ١٩٠٤ ، ص ٢٠١) . ولكن هذا القول فى نظرى يعنى الذمة فى مفهوم معين وهو العهد الذى يمنح للذميين لاقرارهم على حقوقهم العامة والخاصة لقاء جزية يؤدونها فهى أقرب ماتكون إلى وفاق حقوق الاقليات المعاصر . ولذا فان طرفه الآخر ليس دولة وإنما رئيس جماعة تنازل عن سيادته الخارجية وأحل سيادته الداخلية لحساب المسلمين الذين يلتزمون بالدفاع عنه داخليا وخارجيا . ولا تكون إلا للنصارى واليهود السامريين والزرادشيين . (النواوى — منهاج الطالب ص ٢٧٦) . ولكن الحنفية يميزونها للوثنيين ماداموا ليسوا من عرق عربى بل إن مالكا يميزها للعرب الوثنيين ماداموا ليسوا قرشيين (شيرازى — التبيه فى الفقه ، لندن ١٨٧٩ ، ص ٢٩٥) .

ولذا نجد الفقهاء — مثل الشافعى — يعدون نموذجاً لعهد الذمة . وأما الذمة عندى فهى معاهدة أو جزء من معاهدة . ويذهب البعض — فى محاولة للتوفيق — إلى وصف الذمة بأنها تصرف قانونى من نوع خاص *Sui generis* ولا يجوز تبعاً أن تقارنه بأى من الصفات القانونية الحديثة . والطريف أن هذا النظر الذى ينفى المشابهة بين الذمة وبين المفاهيم الحديثة يقارن مدرك الذمة ببعض التصرفات القديمة مثل ماعرفه الرومان باسم *deditio* وهى معاهدة كانت تبرم بين ممثل روما وممثل البلد المهزوم يحيل بمقتضاه الأخير إلى روما حقوقه فى السيادة ويجعل من مواطنيه رعايا لروما .

ويبدو أن مصطلح « الذمة » هو المقابل للمصطلح اللاتينى *fides* حيث كان أهل الذمة فى أمان الشعب الرومانى *in fide populi romani* فأصبحوا فى النظرية الإسلامية فى أمان الأمة الإسلامية *in fide populi islamici* . إن الذمة إذن هى صياغة أصيلة للتوسع والاختضاع نرى لها أمثلة عديدة فى العصرين القديم والوسيط بل والانتداب والوصاية فى العصر الحديث .

وإذن فالعنصر الأول من العناصر التى تشكل القوة الإلزامية للمعاهدة على المسلمين هو الأمان والضمان الذى يعبر عنه بـ ذمة المسلمين وربهم ورسولهم . أما العنصر الثانى فهو السمة الإلهية للالتزام لأن الله يضيف كل عهد إلى ذاته الجليلة ويجعل من العهد الذى يمنحه المسلمون عهداً يحاسب عليه ويرقب مراعاته . ومن ثم فإن العهد الذى يوثق هو عهد الله عز وجل فمن ينقضه فإنما ينقض عهد الله . لأن نظرة الإسلام إلى العهد هو أنه آمن واطمئنان . ولذلك شبه القرآن الكريم من ينقض العهد بالحمقاء التى تغزل غزلاً وتقوى نسجه ثم تنقضه من بعد تقويته انكاثاً أى شعراً بجزءاً أجزاء صغيرة ، واعتبر أن هذا زلل للقدم بعد ثبوتها « ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة انكاثاً » (النحل / ١٢) . « ولا تتخذوا إيمانكم دخلاً بينكم فتزل قدم بعد ثبوتها » (النحل / ٩٤) .

ولكن هل يعنى هذا أن الله سبحانه وتعالى طرف ثالث فى المعاهدة . إن فهمى للامر يجيب على هذا التساؤل بالنفى . ذلك أن نسبة العهد إلى الذات العلية ووصفه بأنه عهد الله لا يقصد به جعل المولى طرفا فى معاهدة تبرمها دولتان أو أكثر وإنما يقصد به ابراز الاهمية التى يوليها الإسلام للعهد إلى حد أن الله يرقبها رقابة مباشرة ولا يتهاون مع من يخل بها . واضرب مثلا يقرب ماقول ففى بعض ابلاد يعتبر الاعتداء على الجندى اعتداء على رئيس الدولة ولذا يقدم المعتدى — بقصد تشديد العقوبة عليه — بتهمة الاعتداء على رئيس الدولة . إن هذا فرض جدلى وحيلى قصد به تخويف من تسول له نفسه العدوان على الجندى خشية هذا الافتراض . كذلك نحن فى المعاهدات نقيم تصورا فرضيا بقصد تشديد العقوبة على المخل بها وتخوينه من ذلك الاخلال — على اساس أن الاخلال بها يعتبر فى خطورة واهمية الاخلال بعهد اعطى الله مباشرة . إننا هنا أمام صورة من صور الحقوق التى اجتمع فيها الوصفان : حق الله وحق العباد ، ولذا فان مسئولية استيفائها تقع على عاتق الإمام وينعدم فيها التسامح فى التنفيذ .

ولعل هذه السمة الدينية للالتزام هى التى دعت إلى أن يطلق عليه لفظة « يمين » كذلك . كفى فى قوله تعالى « إن الذين يشتركون بعهد الله وإيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم فى الآخرة » (آل عمران / ٧٧) . « وإن نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم وظعنوا فى دينكم فقاتلوا أئمة الكفر » (التوبة / ١٢) . « ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها » (النحل / ٩١) . واليمين فى الشريعة الإسلامية هو أى اقرار أو تعهد يؤكد بالله . وكثيرا ما كانت المعاهدات توثق باليمين تأكيدا للالتزام بها وإثباتا لأنها عهد امام الله ولم يستحدث المسلمون فكرة توثيق المعاهدات بالقسم فقد عرفته الشعوب القديمة . وفى كتاب Hiad نجد أن Agamemnon يقول موجهها كلامه إلى Menelaus وقد امسك بيده « ايها الاخ المحبوب اننى انذر نفسى حتى الممات لهذه الايمان وأقف إلى جانبك لمحاربة تروجان الذى جرحك وحنث بإيمانه الموثقة لان الاب زيس لا يحمى الكاذبين . » .

ويجب بالمعاهدة — حسب المفهوم التقليدي — ما يجب بعقد الامان ولكن هذا القول يكشف عن نظرة قاصرة للمعاهدات ولعل انصاره هم اولئك الذين يظنون أن الامان عدل للمعاهدة في حين أن الامان كما اسلفت يجوز أن يكون صورة من صور المعاهدات وهنا تسمى المعاهدة بمعاهدة الامان وعندئذ يمكن أن نقول إن معاهدات الامان تؤمن العهد على نفسه وماله واهله إذ يلتزم رئيس الدولة الإسلامية بأن يعمل على حماية العهد من اعتداء أى من المسلمين أو الذميين عليه فاذا اتلف واحد من المسلمين أو الذميين مالا لأحد رعايا الدولة الطرف الآخر فعليه ضمانه (ابو بكر بن مسعود الكاساني — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، شركة المطبوعات العلمية ١٣٢٧ هـ ، ج ٧ ، ص ١٠٩) .

ومادام أن المعاهدة قد تكون ذات أهداف متعددة فان لكل معاهدة محلها الذى يجب أن تحترمه الدولة المتعاهدة طبقا لنصوص المعاهدة وذلك بما اعطته الدولة من ذمة وماقرضه الله من رقابة على الوفاء بالعهد .

وتأمر النظرية الإسلامية بوفاء العهد إلى نهايته « فأتموا اليهم عهدهم إلى مدتهم » (التوبة / ٤) .

وواضح أن الآية الكريمة تمنع على المسلمين أن يغدروا بمعاهدتهم فلم يغدر الرسول بعهوده . وقد قيل للرسول إن المشركين سينقضون العهد فقال : وفوا لهم واستعينوا الله عليهم . ولا يصح أن تكون الرغبة في التوسع الاقليمي أو السعى إلى تدعيم السلطان الزمني سببا في الغدر . ولذلك نعت الآية على الغدر أن تكون امة اكثر عددا وعدة من أخرى وأوسع أرضا وأقوى سلطانا « تتخذون ايمانكم دخلا بينكم أن تكون امة هي أرى من أخرى » . (النحل : ٩٢) ، وقارن النظرية الإسلامية بما جرى عليه العمل الرومانى واضرب مثلا له بعبارة جاءت في معاهدة أبرمت بين امير تشنج وامراء متحالفين غزوا بلاده سنة ٥٤٤ ق . م حيث جاء في الديباجة أن آلهة الجبال والانهار وأرواح الاجداد ترقب انشاذ هذه المعاهدة وتستمطر لعنات الالهة على من لا يرقب في الطرف الآخر إلا ولا ذمة . وكانت السمة الالهية واضحة في

المعاهدات التي أبرمها اليونانيون وكان الإله Janas هو حامى الإحلاف (يقابله Jupiter fidius فى روما كما سبق أن ذكرت) .

تنقيح المعاهدة :

كذلك من بديهيات الأمور أن يكون لكل دولة طرف فى معاهدة الحق فى تنقيح المعاهدة إذا تضمنت نصوص المعاهدة نصا بذلك . والمبدأ العام أنه لا يجوز تنقيح المعاهدة — أى تعديلها أو إعادة النظر فيها — إلا برضاء أطرافها وذلك مالم يوجد نص صريح فى المعاهدة بغير ذلك . ولكن نظرة إلى التاريخ الدبلوماسى تبين لنا أن هذا المبدأ لم يحظ فى القانون الدولى المعاصر باحترام الدول الكبرى دائما . فمثلا عدلت اتفاقات نهر الدانوب عدة مرات حسب هوى الدول الكبرى على حساب مصالح بعض الدول الساحلية التى قدر أن قبولها لضرورة له . وحدث الأمر ذاته بالنسبة للمعاهدات المتعلقة بالمضائق التركية . فهل تقبل النظرية الإسلامية أن تنفرد الدولة الإسلامية بتعديل أو بتنقيح المعاهدات حسبما تمليه مصالحها .

يشترط الفقهاء بصحة المعاهدة ألا تتنافى مع ما هو واجب من عزة الإسلام ، ولكن ظروف الضعف والوهن أو الاعتبارات السياسية الدولية قد تعرض على الدولة الإسلامية أن تقبل معاهدة تنافى عزة الإسلام وعندئذ^٦ تسح المعاهدة إلا طبقا لنظرية الضرورة .

بيد أن الضرورة كما تقضى على الدولة الإسلامية بقبول ما لا يتفق مع مصالحها فإنها يمكن أن تكون مبررا لانتهار الدولة الإسلامية من أحكام المعاهدة إذا ما اقتضت ذلك مصالحها .

والضرورة هى العمل على (أى الحصول على) أو بقاء (أى المحافظة على) المصالح الضرورية الخمسة — أن يحفظ على الخلق دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم — كذلك دفع ما يترتب عليه فوات إحدى تلك المصالح لأن حياة الناس الدينية والدنيوية إنما تعتمد على المحافظة على هذه المصالح الضرورية بحيث إذا ضاعت أضاعت على المرء دنياه وآخره .

بيد أن نظرية الضرورة من النظريات التي يحيط بها غموض ليس من الميسور على الفقه استجلاءه بطريقة تيسر تطبيقها وتضبط علاقاتها — وكذلك الأمر تلبية للقوة القاهرة . ومن هنا فاني افضل استقراء افكار اخرى للاجابة على هذا التساؤل ولعل نظرية تغير الاوضاع هي مأوصى هنا باستمزاجه .

تغير الاوضاع :

فماذا يكون الحكم لو تغيرت الظروف والاضاع . هل يبقى الحكم كما هو ويكون على الدولة الإسلامية أن تتم العهد إلى مدته بغض النظر عن هذا التغير والتبدل حتى ولو كان جذريا ؟؟

إن النقطة الأساسية الجديرة بالبحث هي قواعد العرف الدولي التي تسمح بتنقيح المعاهدة ويمكن أن نجمع هذه القواعد في ثلاثة هي : القوة القاهرة ، حالة الضرورة ، مبدأ بقاء الاوضاع على حالها أو تغير الظروف والاضاع . ونظرا لان المدركين الاولين — القوة القاهرة والضرورة — هما كما قلت من المدركات التي تستعصى على الدراسة الموجزة فضلا على أنها تغطي كافة انطقة القانون ولا تقتصر على القانون الدولي العام فحسب بحيث يمكن الرجوع اليها في مختلف الدراسات القانونية فاني اجتريء هنا بالكلام عن المبدأ الأخير وهو مبدأ تغير الأوضاع *Clausula rebus sic stantibus* الذي جرت لغة الفقه الدولي على تسميته بشرط بقاء الأوضاع على حالها. ويجب ألا نخلط بين تغير الأوضاع وبين كل من القوة القاهرة والضرورة . صحيح أن تغييرا في الأوضاع يحدث في هذه الفروض ولكن هذا التغير لا يلعب بذاته دورا حاسما في حين أن التغير الذي نقصد اليه في قاعدة تغير الاوضاع هو تغير من طبيعته أن ينال من كيان المعاهدة ذاته . (راجع مزيدا من التفصيل في جعفر عبد السلام — شرط بقاء الأوضاع : القاهرة ، ١٩٧٠) .

يعرف الفاريز هذا الشرط بأنه الشرط الذي يمكن للدولة بمقتضاه أن ترفض تنفيذ معاهدة إذا كانت الظروف التي أحاطت بإبرامها قد تغيرت تغيرا جوهريا ولكن فريقا من الفقهاء — ويقف كلسن على رأسهم (Kelsen- Theorie du

(droit international public. RCADI 1953. T. III, P. 163. — يهاجمون هذا

الشرط بدعوى أن الهدف الجوهرى للقانون هو تحقيق الاستقرار والمحافظة على الوضع الراهن وهو ما يعمل الشرط على تخطيطه ويقف بالقانون الدولى عن أن يحقق مهمته — بيد أن منطق هؤلاء لا يمثل الاغلبية العظمى من الفقهاء .

فهناك مدرسة ترى أن الشرط ضمنى تحتويه كل معاهدة وهو يستند الى الارادة المشتركة لأطراف المعاهدة وتذهب فرقة اخرى إلى أن هذه الشرط الضمنى يظل دائما الا إذا استبعده الطرفان صراحة .

والواقع أن النظريتين مرفوضتان لانهما تخطمان الشرط . إذ حسيب النظرية الاولى لا يتوفر الشرط الا برضاء الطرفين . وهذا منطق قد عجز الآن ولم يعد مقبولا أن نقول إن نية الطرفين هي اساس توافر الشرط .

ويحق للطرفين — حسب النظرية الثانية — استبعاد الشرط ، ويؤخذ على ذلك أن هذا القول قد يبدو منطقيا لو أن الطرفين توقعا مقدما احتمال حصول تغير جذرى . ولذا فان النظرية تقف بكفاءة ازاء التصور الذى لا يتوقع فيه الطرفان هذا التغير .

لذلك قد يكون الأسلم القول بأن القاعدة قاعدة عرفية وليست شرطا . وهى قاعدة مستقلة عن ارادة الطرفين . وتبرير القاعدة فى نظرى هو أن من بين القواعد الأصولية قاعدة تقضى بتغير الاحكام بتغير الزمان والمكان كى تظل تلك الأحكام انعكاسا امينا للحاجات المجتمع . ومن ثم كان واجبا أن يعاد النظر فى التشريع كلما انفصل بأحكامه عن تلك الحاجات .

ويذهب الرأى الغالب إلى أن هناك نوعان من المعاهدات لا ينصرف اليهما أثر القاعدة وهما : المعاهدات محدودة الأجل . والمعاهدات الشارعة . ويبدو أن منطق هذا الرأى مستمد من فكرة أن القاعدة شرط ضمنى فى المعاهدة . أما إذا نظرنا إلى القاعدة على أنها قاعدة عرفية عامة فان هذا الرأى يبدو غير مبرر حيال فتنى المعاهدة سالفتى الذكر .

والرأى أن تغيير الظروف يجب أن يمس أهداف المعاهدة وليس بواعثها .
فاذا افترضنا أن أحد الطرفين لم يعد يهتم بتنفيذ المعاهدة فإن هذا الباعث في ذاته
لا يكفي لتطبيق المبدأ لأن هدف المعاهدة يمكن أن يظل — على الرغم من
ذلك — مشروعاً . ويجوز أن يكون التغيير مادياً كما يجوز أن يكون معنوياً .
والتغيير المعنوي لا يعنى مجرد تغير موقف الدولة بل يجب أن يكون تغيراً عاماً
شاملاً يستشعره الرأي العام ويندفع اليه شعب الدولة .

وقد تناول وفاق فيينا حكم تغير الظروف في المادة ٦٢ منه حيث نص على
أن انتهاء المعاهدة أو الانسحاب منها بسبب تغير الظروف لا يكون مبرراً إلا اذا
توافرت الشروط التالية :

١ — أن يكون توافر هذه الظروف أساساً جوهرياً لقبول الاطراف الالتزام
بالمعاهدة .

٢ — لتغير الظروف أثر جذري على تحويل نطاق الالتزامات التي لم تنفذ
بعد .

٣ — ألا تكون المعاهدة معاهدة حدود ، أو أن يكون التغير قد حصل بفعل
الطرف الذى يدفع به . وتتميز الفقرة الثالثة للدولة أن تدفع بتغير
الظروف ليس فقط لانتهاء المعاهدة أو الانسحاب منها بل كذلك لوقف
العمل بها .

فاذا تحققت شروط تطبيق المعاهدة :

١ — فان رأياً يقول إن المعاهدة تعتبر ملغاة بحكم القانون . وينسجم هذا
الرأى مع فكرة الشرط الضمنى ولذا فان رفض الفكرة يترتب عليه
رفض هذه النتيجة تبعاً .

٢ — وهناك آخرون يدافعون عن أن من حق أى من أطراف المعاهدة أن
يعلن بارادته الانفرادية انتهاء المعاهدة . وهذا رأى يعطى للدولة سلطة
تحريرية مرفوضة إذ ليس مقبولاً أن نعلق القوة الالزامية للمعاهدة على
ارادة الملتزم .

٢ — وفي عقيدة فريق ثالث أن الجمع بين الرأيين السابقين يتحقق بأن يدعو الطرف المتضرر الطرف الآخر إلى المفاوضة فإذا نكل الطرف الآخر عن المفاوضة أو لم يتوفر لديه حسن النية أثناء المفاوضة جاز للطرف المتضرر أن يعتبر أن المعاهدة قد انهيت .

٤ — ولعل أكثر الحلول قبولاً — في نظري — هو الذي يرى أن للطرف الذي يدفع بالقاعدة أن ينقل النزاع إلى جهة قضائية على أن يكون له — إلى أن يفصل في النزاع — أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا رفض الطرف الآخر الالتجاء إلى التحكيم أو القضاء .

ويرى نفر غالب من أصحاب هذا الرأي أن المحكمة لا تملك في هذه الحالة إلا أن تقرر الغاء المعاهدة كلياً أو جزئياً .

يبد أننى افضل النظر إلى القاعدة على أنها مبرر لتتقيح المعاهدة وليست سببا من اسباب انهاؤها فحسب اللهم الا في الحالات التى تبرر ذلك (Hill, Chesney- The Doctrine of Rebus Sic Stantibus. 1964, P. 27 et seq.)

ولنا أن نتساءل الآن عن مدى استجابة النظرية الإسلامية لقاعدة تغير الظروف والأوضاع .

لقد حرص الفقه الإسلامي — كما أوضحنا من قبل — ايما حرص على حماية الحرية الفردية . وفي معرض حرصه على حماية الفرد ضد عسف الحاكم تصور أن كل علاقة تربط الفرد بالحاكم هي علاقة عقدية . وفي معالجة الفقه لهذه العقود العامة لم يهتم كثيرا ببناء النظريات الجامعة والمدركات العامة مكتفيا بما يقدمه من حلول عملية للمشكلات الواقعية . كل بحسب ظروفها . وكلها تستوحى المصلحة العامة وتبتغى تحقيقها (راجع مزيدا في فرانتز روزنتال — مناهج علماء المسلمين في البحث العلمى . ترجمة أنيس فريجة ، بيروت ١٩٦١) . فلو أننا تتبعنا طائفة معينة من الحلول في مسائل متماثلة لأمكننا أن نتبين انها تصدر عن منطق مشترك وتستند إلى فلسفة بذاتها . واعتمادا على هذا

الحقيقة فانى. اقدم الأمثلة التى نستطيع أن نستنبط منها القاعدة فى شأن تغير الأوضاع .

وأول مثل هى الجوائح . فالنتهاء — فى مناقشتهم لإعادة التسعير إذا ما حصل تبدل جوهرى فى الظروف — يناقشون الجوائح كعذر من الاعذار التى تؤثر على ثمن التجارة فلو أن شخصا استأجر مخزنا ولكنه لم يستطع بسبب ماطراً على الاحوال من تغير — لم يستطع أن يجد سوقا كان من حقه أن يلغى عقد الايجار . ولو أن عمرا استأجر دابة كى تنقله إلى بلد آخر يوجد فيها مدين له ، ثم حضر المدين إلى حيث يقيم الدائن كان للدائن أن ينهى عقد النقل .

وهكذا، يجوز للعقد فى هذه الأمثلة — خلافاً للقاعدة العامة — أن يتحلل من التزامه لأن ظروفه جدية طرأت بعد ابرام العقد تمس بجديّة السبب الذى دفع إلى ابرام العقد . وهذا مفاده أن تغير الأوضاع — إذا كان جذرياً — يصح أن يكون سبباً لانتهاء العقد أو تعديل احكامه .

ومن ثم فان الامام — وإن كان مأموراً باحترام عهوده — إلا أن هذا لايعنى أنه ملزم باحترام عهوده حتى ولو تغيرت ظروفه تغيراً جذرياً اساسياً . بل إن رعاية المصلحة العامة تتطلب من الامام ، فى هذه الحالة ، العمل على تعديل العقد أو انهاءه بما يتفق وتلك المصلحة . إن هذا الفرض الذى قدمته يتبى إلى تأكيد أن النظرية الإسلامية تقبل فكرة تغير الأوضاع كسبب من أسباب تنقيح المعاهدة .

وقد قرأت فى كتاب الأم الشافعى مايفيد أن الفقه الإسلامى التقليدى ينزع إلى النظرية التى تعطى للدولة — عندما يتحقق الشرط — أن تنهى المعاهدة فوراً وبارادتها المنفردة . يقول الشافعى هـ وليس للامام أن يهادن القوم من المشركين على النظر إلى غير مدة هدنة مطلقة فان الهدنة المطلقة على الأبد وهى لا تجوز لما وضعت ولكن يهادنهم على أن الخيار اليه حتى إن شاء أن ينبذ اليهم فان رأى أى نظر للمسلمين أن ينبذ فعل فان قال قائل فهل لهذه المدة أصل قيل نعم افتتح

رسول الله ﷺ اموال خير عنوة» (الشافعى — الأم ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ١١٠) .

ويخلط الكثير بين الانباز — الذى هو وسيلة من وسائل انتهاء المعاهدة — وبين تغير الظروف الذى هو أيضا — على قول الغالبية العظمى من الفقهاء — سبب من أسباب انتهاء المعاهدة .

وواضح من عبارة الشافعى أنها تحمل المعانى التالية :

- ١ — النظر لصالح المسلمين هو الاعتبار الاساسى المراعى فى ابرام المعاهدة . وإذن فهو الوضع الجوهرى الذى ينظر إن كان تغيره تغييرا فى الأوضاع بالمعنى المقصود فى هذه الدراسة .
- ٢ — إذا كان العهد لأجل وجب أن يتم لمدته وتبعاً فان تغير الأوضاع نظرية لا تطبق على المعاهدات محدودة الأجل .
- ٣ — إذا كانت المعاهدة غير محدودة الأجل ففى هذه الحالة للامام — إذا ما كان فى ذلك تحقيق لصالح المسلمين — أن ينقض هذا العهد فيقضى عليه إلى الأبد .
- وفى قول آخر فان نظرية الشافعى هى أن تغير الأوضاع يدفع به فى المعاهدات غير محدودة الأمد أما إذا كانت المعاهدة ذات أجل متفق عليه فان نظرية غير الظروف لا يجوز اعمالها تبعاً للنظرية الإسلامية .
- د — إذا تحقق صالح المسلمين فان للامام أن ينهى المعاهدة بآرادته المنفردة التى تمثل إرادة الدولة طبعاً .

والمعانى التى اسلفتها كلها تتفق — كما هو مبين فى عرضى الوجيز فى السطور السابقة — مع بعض الاتجاهات الفقهية الحديثة فى القانون الدولى . وانى وإن كنت لا أتفق مع الشافعى — ومن سار على دربه — فى أن تغير الظروف يميز للطرف المضرور أن ينهى المعاهدة بآرادته المنفردة ، كما يختلف معه فى قصر تطبيق النظرية على المعاهدات غير محدودة الأجل — إلا أنى أحب أن أوضح أن الأخذ بنظرية تغير الظروف لا يتعارض مع الأحكام الإسلامية

الصارمة في شأن الوفاء بالعهد . إن الفقيه المعاصر يؤكد أن تغير الأوضاع مبدأ يؤكد القاعدة العامة التي تجعل من العقد شريعة للمتعاقدين ذلك أن قدسية المعاهدة إنما تستهدف إقامة المعاملات على أساس من الأمانة والاستقرار . ولا يمكن أن نقول إن المعاهدة التي فقدت سبب وجودها تبقى على الرغم من ذلك أداة للاستقرار في المعاملات لأن البقية الأساسية التي دفعت إليها لتحقيق أمن الطرفين وصالحهم قد تبدلت جذريا بحيث أصبح من المتعذر على المعاهدة أن تقوم بهذا الدور المسالم بل إن في بقائها ملزمة تهديدا يبعث الشحنة والبغضاء بين طرفيها هذا فضلا على أن المعاهدة كتشريع تخضع لقاعدة تغير الأحكام .

ويكثر الفقهاء المسلمون الكلام في تلك النقطة تحت مبررات عديدة مثل وجوب عدم منافاة المعاهدة لمقتضى عزة الإسلام فلو أن معاهدة أبرمت في ظروف من الضعف وعدم القدرة ثم تعدلت الأوضاع فاستعادت الدولة الإسلامية قوتها وقدرتها فإن المعاهدة تصبح باطلة ويكون على ولي أمر المسلمين أن ينهيا . وبدهى أن الفقهاء المسلمين ينظرون — في تقرير هذا الحكم — من زاوية أن الإسلام يجب أن يعلو ولا يعلو عليه ولذلك قلت من قبل إن فكرة التكافؤ في المعاهدات ليست من الأفكار التي تتسق مع النظرية الإسلامية في العهود ، كذلك من المبررات التي تذكر في هذا المجال فكرة المصلحة على أساس أن غاية أحكام الشريعة هي رعاية مصالح الناس في هذه الحياة الدنيا وفي الآخرة . ومادام أن مصالح الناس غير ثابتة فهي في حركة دائمة وتجدد مستمر . ومن ثم فإن الأحكام يجب أن تواكب هذه الحركة وتسير ذلك التجديد . ويقول ابن تيمية « إذا اشكل على الناظر حكم شيء هل هو على الإباحة أو التحريم فليُنظر إلى مقدمته وثمرته وغايته . فإن كان مشتملا على مفسدة راجحة ظاهرة فانه يستحيل على الشارع الأمر به أو إباحته بل يقطع أن الشارع يحرمه » (عبد الحميد متولى — المرجع السابق ، ص ١٣٣ — ١٣٤) .

والمصالح في المعاهدات — وهي تشمل فروع القانون المختلفة — قد تكون مصالح حاجية (أى لنفى الحرج) وقد تكون مصالح ضرورية (أى لدفع الضرورة). (عبد الحميد متولى — المرجع السابق ص ١٣٥) .

ب — القوة الملزمة للمعاهدة بالنسبة لغير اطرافها :

قادت النظرة إلى المعاهدات على أنها ارتباطات عقدية إلى تطبيق المبدأ المعمول به في القانون الداخلى الذى يقضى بأن العقد لا يمكن أن يضر أو يفيد الغير . وأخذوا بهذا المبدأ قالت المحكمة الدائمة للعدل الدولى فى قضية « بعض المصالح الألمانية فى سيليزيا العليا » إن المعاهدة تخلق قانونا بين الدول الأطراف ولا يمكن أن نستنبط منها — فى حالة الشك — أنها حقوق لمصالح دولة غيرها وهذا هو النهج الذى سلكته ثلة من فقهاء القانون الدولى العام . ومال اليه وفاق فيينا (القسم الرابع م ٣٤ / ٣٨) .

ولكننا إذا نظرنا إلى العمل الدولى نجد أن هناك العديد من المعاهدات التى تضيف حقوقا أو تفرض التزامات على الغير . فمعاهدة فرساي مثلا منحت الدانمارك والسويد — وهما ليسا طرفا فيها — حقوقا فى لجنة الاودر ، ومنحت بالمثل لهولندا وسويسرا — وهما ايضا من غير اطراف المعاهدة — حقوقا فى لجنة نهر الرين . كما تضمنت المعاهدة ذاتها قيودا على ألمانيا بشأن احترام الوفاقات التى تبرم مستقبلا بين دول الحلفاء والدول المرتبطة بها . ومن ثم فانه يكون فرط حرص أن نقيس آثار الوفاقات الدولية — التى تنظم مصالح عامة — على أحكام القانون الداخلى فى العقد الذى هو يقرب مصالح متناقضة وينسق ارادات ذات غايات متعارضة . ولعل تلك الحقيقة اقضت مضجع المحكمة الدائمة للعدل الدولى فبدلت من مذهبها السابق وذهبت — فى قضية المناطق الحرة — إلى أن فى لمعاهدات عنصرا قانونيا كافيا وتميزا — يمكن أن يصرف حقوق المعاهدة إلى الغير الذى ليس طرفا فيها — ولو لم ينص على ذلك ، وأكدت فى قضية قناة كييل أن معاهدة فرساي أرست نظاما قانونيا لقناة كييل له حججة قبل الجميع .

وهكذا يتضح لنا أن العمل الدولي — ومعه فريق من الفقه — يؤكد أن من المعاهدات ما يمتد أثره إلى غير أطراف المعاهدة ، ولكن بحث الفقهاء ينصرف غالبا إلى الاشتراط لمصلحة الغير ، في حين أن البحث يجب في نظري أن يتناول أثر المعاهدة بالنسبة للغير من حيث الحكم العام دون أن نخصص ذلك في حالة بعينها . ولعل هذه البلبلة الفكرية ترجع إلى الخلط بين العقد والتشريع في النظر إلى المعاهدة فأولئك الذين يرون في المعاهدة عقدا تكبر على أنفسهم فكرة انصراف آثار المعاهدة إلى غير أطرافها . وأولئك الذين يرون فيها تشريعا يعجبون من قول التقليديين .

والرأى عندي أن انصراف أثر المعاهدة إلى غير أطرافها رهن بقدرة الإرادة الشارعة التي سنتها، فلو أن الدول البحرية الكبرى مثلا أبرمت معاهدة تسن تشريعا للبحار فان الإرادة الشارعة لتلك الدول بما تمثله من مصالح وماتملكه من امكانيات تستطيع أن تشرع للجماعة الدولية في هذا النطاق . ولذا فان معاهدة كهذه تنصرف آثارها إلى غير أطرافها .

وإذن فالكلام عن القوة الملزمة للمعاهدة يقتصر على فرض واحد وهو أن تتضمن المعاهدة نصوصا من صناعة الاجتهاد الفردي لانه لولا المعاهدة لما أصبحت لتلك النصوص قوة الالتزام التي كفلتها لها المعاهدة — أما إذا كانت المعاهدة مجرد تسجيل لاحكام اجمع عليها معظم علماء الامة — وتأخذ الحكم ذاته المعاهدة الجماعية التي تضم جميع الوحدات الإسلامية السياسية — فان الاحكام لها الحجية والالزام سواء أدرجت ضمن المعاهدة أم لم تدرج .

ولعل الميزة الوحيدة للمعاهدة هنا هو انها قد تضع الاحكام التي اجتمع عليها الاجتهاد في صياغة أكثر تحديدا ووضوحا ، وهذه ميزة التشنين .

إن مقارنة هذه النظريات بالنظرية الإسلامية يتطلب مني أن أوجه النظر مرة أخرى إلى التفرقة التي اقيم على اساسها كثير من النتائج التي اميل اليها والاحكام التي انتقيها ، تلك هي التفرقة بين ماتضمنه المعاهدة من أحكام قد تكون اجتهادا أو تقليدا وبين القوة الملزمة للعقد الدولي . ومادام أن المعاهدة

تتضمن احكاما اجتهادية فان حجتها على الغير ترتبط بمدى انصراف اثر الاجتهاد إلى الغير والتزامه به .

إن الاحكام التي استنبطت عن طريق الاجتهاد أو التي اخذ بها عن طريق التقليد لها في ذاتها حجية من حيث هي رأى اهل الذكر الذين امرنا بأن نرجع اليهم لاستنباط الاحكام الفقهية فيما يحتاج إلى تفقه وفهم ، لان القياس من نوع العمل بما هو حجة في الاصل ولكنه دون الثابت من الحكم بالنص فلا يصار اليه إلا في موضع لا يوجد فيه نص (اصول السرخسى — المرجع السابق ج ٢ ، ص ١٤٠) . وفي اثبات حجية الاجتهاد يقول سبحانه وتعالى « ولو رده إلى الرسول وإلى اولى الامر منهم لعلمه ، الذين يستنبطونه منهم » . (النساء / ٨٣) . وقد اختلف الفقهاء في المقصود بالذين يستنبطونه منهم فقال بعضهم هم الامراء وقال آخرون هم العلماء . وفهم الآية على أنها تقصد العلماء هو الفهم الذي اطمئن اليه وأرجحه في هذا المقام .

لكن هذا الاجتهاد قد يكون اجتهاد آحاد وعندئذ فيمكن أن يقابل الرأى بالإى والاجتهاد بالاجتهاد ويكون الناس بالخيرة فيما يتبعون من رأى ويتمدون من اجتهاد ، وتبعاً فان حجية اجتهاد الآحاد لا تعنى أن هذا الاجتهاد له قوة الالتزام على الغير حتماً ولزماً . واجتهاد الآحاد تعبير ينصرف هنا إلى : « اذ الذى تجمع عليه دولتان تتعاهدان ولا يقصد به اجتهاد احدهما » . ولذا فاني اقصد بـ الاجتهاد الذى تتضمنه المعاهدات الشائئة أو مافى حدها أى التى لم يصل عدد اطرافها إلى الحد الذى يعتبر بمثابة تعبير عن ارادة الجماعة الإسلامية أو الجماعة الدولية . أما إذا كان الاجتهاد جماعياً فان الامر يختلف لان الكثيرين من الفقهاء يعتبرون مخالفة الاجماع بعد اعتقاده كمخالفة النص وهذا يكون فى المعاهدات الجماعية أو متعددة الاطراف . واقصد بالجماعية هنا المعاهدات التى يصل عدد اطرافها إلى حد يجعلها وكأنها تعبير عن ارادة الجماعة الدولية .

وفي حجة اجتهاد الآحاد والاجتهاد الجماعي يقول السرخسي « والدليل على أن الخطأ محتمل في فتواهم ماروي أن عمرا سئل عن مسألة فأجاب فقال رجل : هذا هو الصواب فقال : والله ما يدري عمر أن هذا هو الصواب أو الخطأ ولكن لم آل عن الحق ، وقال ابن مسعود رضي الله عنه فيما اجاب في المفاوضة : وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان . فعرضاً انه قد كان جهة الخطأ محتملاً في فتواهم . ولا يقال هذا في اجماعهم موجود إذا صدر عن رأى ثم كان حجة . لان الرأى إذا تأيد بالاجماع تتعين جهة الصواب فيه بالنص » (أصول السرخسي — المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١٠٧ — ١٠٨) .

ومن ثم فان كانت النصوص المدونة في المعاهدة ثمرة اجتهاد فردى فان لها حجية محدودة فلا ينصرف اثرها إلى الغير إذ تجوز معارضتها باجتهاد فردى آخر وهنا تؤدي المعاهدة مهمة رئيسة في اصفاء الالتزام على ذلك الاجتهاد الفردى بجعله واجبا على طرفي المعاهدة في علاقاتهم المتبادلة . وقد تتمتع المعاهدة في هذا الفرض بقوة نفاذ حيال الغير إذا لم يوجد اجتهاد معارض للاجتهاد الثنائى أو مافى حكمه ولكن قوة النفاذ هنا قوة واقعية وليست قانونية .

أما إذا كانت نتاج اجتهاد جماعى فان حجيتها تكون عامة أى تنصرف إلى الغير لان دور المعاهدة في هذا الفرض الأخير هو دور تقينى فحسب أى أنها تقنن ماجرى الاجماع عليه وكسب قوة الالتزام على جماعة المسلمين ، فالمعاهدة لاتضفى — من حيث قوة الالتزام — جديدا على نصوص مجمع عليها ولذلك فان حجيتها تكون حيال اطرافها وحيال الغير على السواء . رب ناقد يظن أننى اناقض نفسى هنا أو أنفى عن الاجماع أنه أصل شرعى ثم أعود فأقول إنه حجة على الكافة . لا ورب الكعبة فانى على رأى مقيم . إننى عندما اصرف حجة الاجماع هنا إلى الكافة إنما اصرفها بوصف أن الحجية هي حجة الاجتهاد الجماعى وليست حجة أصل شرعى . وقد صرفتها إلى الجماعة الإسلامية بعد أن اتسمت بقوة الالتزام نتيجة ادراجها ضمن نصوص معاهدة — لان الاجتهاد الجماعى يعنى عدم وجود اجتهاد مخالف ، فلم لا تلتزم الأمة هنا باستتباط علمائها وقد تلاقت جهودهم على حكم واحد . وكيف تبرر الدولة الإسلامية

التي تعارض انصراف أحكام المعاهدة اليها موقفها المعارض هذا إن هي أرادت أن تبني دفعها على أساس من النظرية الإسلامية ؟!

انقضاء المعاهدات :

« رف الفقيهاء بين إبطال المعاهدة وانهاؤها وإيقافها.... فمؤداه وضع حد لاستمرار المعاهدة لما كان مفررا لها من قبل لأسباب واعتبارات تطرأ بعد تنفيذ المعاهدة فترة من الزمن، لكن يختلف انهاء المعاهدة عن إيقاف العمل بها أن الأخير يضع حدا لوجود المعاهدات القانونية . بينما تظل المعاهدة قائمة قانونا في حالة إيقاف العمل بها » (على صادق، أبو هيف - القانون الدولي العام ، الاسكندرية ، ص ١٩٧٠ ، ص ٩٨١) .

وتتضمن المعاهدة - من حيث هي تشريع - حسب النظرية المعاصرة :
أ) بنص تشريعي ينص صراحة على هذا الإلغاء . أي يشتمل على نص يتعارض مع النص القديم أو ينظم الموضوع ذاته وفي النطاق الشخصي تبينه - ولكن بأحكام جديدة .

ب) تنفي المعاهدة - من حيث هي تشريع - حسب النظرية المعاصرة :
طبقا لنصوص المعاهدة ، إذا انصرم الأجل المحدد لسريان المعاهدة - فإن المعاهدة تنتهي في هذه الحالة دون حاجة إلى اعلان خاص بذلك .
بالإرادة الشارعة أي يتقرر الانهاء حتى ولو لم يوجد نص فيها يقضي بذلك . لأن السلطة التي تملك المنح تملك المنع .

ج) إلغاء المعاهدة في هذه الحالات لا يحول دون الاستشهاد بها كوثيقة تثبت ما تضمنته من أحكام . كما أنه لا يحول دون تطبيق أحكامها على الأوضاع التي تدخل في نطاق نفاذها الزمني .

وعلى الرغم من أن القاعدة هي أن يحصل الانهاء طبقا لنص المعاهدة فإذا لم يوجد نص وجب أن يكون هناك إجماع بإرادة شارعة تعادل الإرادة الشارعة التي سنت المعاهدة. والحق أن العمل قد خفف من هذا التشدد لاسيما في نطاق التنظيم الدولي - فنجد أن ميثاق جامعة الدول العربية مثلا يسمح للدولة

العضو بالانفصال عن العضوية — أى بانتهاء المعاهدة بالنسبة لها — باخطار يوجه إلى المنتظم . فاذا انقضت على الانذار فترة زمنية معينة أصبح الانفصال نافذا .

ويجوز أن يقتصر الاتفاق على الانهاء على بعض الأطراف الأصلية . مثال ذلك اتفاقية سنة ١٩٣٦ بين بريطانيا والعراق والتي تخلت بمقتضاها بريطانيا — دون باقى الدول — عما لها من امتيازات فى العراق . وفى هذه الصورة ينتهى الوفاق الأصلى جزئيا لا كليا . ويقول الفقهاء إنه كما يجرى التنازل بالاتفاق يمكن أن يجرى كذلك بارادة منفردة . شأن الحال فى فرنسا عندما تنازلت بارادتها المنفردة سنة ١٩٤٣ عما لها من امتيازات فى الصين — وواضح أن الارادة المنفردة تنهى حكم المعاهدة هنا إذا كانت قد صدرت عن المستفيد من أحكام المعاهدة وذلك دون اضرار بأشخاص القانون الذين يحكمهم تشريع المعاهدة .

وأود هنا أن ألفت النظر إلى عدم الخلط بين طرق انقضاء المعاهدة وبين أسباب انقضاء المعاهدة، فطرق انهاء المعاهدة هى ماقدمت . أما أسباب الانقضاء فهى : انتهاك أحكام المعاهدة ، وسقوط المعاهدة بالتقادم والترك . واستحالة تنفيذ المعاهدة (راجع فى تفصيل ذلك كتاب المؤلف — الغنيمى فى قانون السلام ، المرجع السابق ، ص ٣٥٠ — ٣٦٦ وقارن م ٦٠ من وفاق المعاهدات التى تعدد أسباب انقضاء المعاهدة) . وقد استندت مصر إلى انتهاك أحكام المعاهدة لالغاء معاهدة الصداقة والتعاون التى كانت قد أبرمت بينها وبين الاتحاد السوفيتى فى ٢٧ مايو سنة ١٩٧١ على أساس أن الاتحاد السوفيتى لم ينفذ الالتزامات العسكرية التى تفرضها المعاهدة عليه .

فاذا انتقلت من النظرية المعاصرة إلى النظرية الإسلامية كان لزاما كذلك أن افرق بين ابطال المعاهدة — وقد تعرضت فيما سلف من دراسة لأسباب بطلان أو فساد المعاهدة — وبين أسباب انقضاء المعاهدة وهو ماأعرض له الآن .

إن انقضاء المعاهدة الحديثة بنص تشريعي يمكن أن تقابله في المعاهدة الإسلامية — من حيث هي اجتهاد — وذلك باجتهاد مقابل . وهنا أراي مضطرا لأن اذكر بما كررته وهي التفرقة بين فحوى المعاهدة وبين ما تتمتع به المعاهدة من قوة الزام .

أما فحوى المعاهدة فهو صلب الاجتهاد وقوامه فهل يجوز أن ينقضى هذا الاجتهاد باجتهاد مقابل ؟ إن الاجتهاد الذي تنبثق عنه أحكام المعاهدة — في غير حالات التقليد قد يكون — كما أسلفت في أكثر من موضع — اجتهاد آحاد أو اجتهادا جماعيا .

فإن كان الاجتهاد اجتهاد آحاد فإن السرخسي يقول « ولا يجوز ترك الرأي بمثله كما لا يترك بقول التابعي وكما لا يترك أحد المجتهدين في عصر رأيه بقول مجتهد آخر » (مبسوط السرخسي — المراجع السابق ج ٢ ، ص ١٠٧) وعلى هذا فالقول إنه « إذا ثبت حكم القياس في محل فان ذلك الحكم لا يرد عليه نسخ اصطلاحا لانه إذا فرض نسخه فالنسخ إما الكتاب أو السنة أو الاجماع القياس فاما مع النص من الكتاب والسنة فالقياس يكون خطأ لانه لا قياس مع النص . وكذلك إذا ظهر أن الحكم الثابت بالقياس قد اجمع على خلافه لأن الاجماع لا بد أن يكون مستندا إلى دليل ، أما ان حصل قياس آخر يخالف فإن في الحكم فان ذلك يكون من باب تعارض الأقيسة فاذا رجح أحدهما بين خطأ الأول فلا يرفعه » (١)

« وكما لا ينسخ القياس لا يكون ناسخا لانه لا يسيل إلى أن ينسخ نصا ولا إجماعا لانه لا يعارضهما ، أيضا لا يكون القياس ناسخا آخر لأن القياس لا يعرف الا بالرأي والاجتهاد . وبعد معرفته لا يكون حجة الا بالنظر إلى المجتهد الذي توصل اليه برأيه واجتهاده ، أما غيره من المجتهدين فلا يكون حجة عنده ولا يلزمه العمل به » (بدران أبو العين بدران — أصول الفقه . القاهرة ١٩٦٢ ، ص ٤٠٢ — ٤٠٣)

إن هناك وقائع لم يدل على حكمها نص ولا انعقد على حكمها اجماع « فهذه موضع الاجتهاد من أجله . وأكثر أحكامها استنباط لافراد من المجتهدين وقفوا عليها حسبما وصلت اليه عقولهم — وهى أحكام ليست لازمة لوقائعها . ولا يمنع اجتهاد فيها سابق من اجتهاد لاحق ويجوز لأهل عصر واحد من المجتهدين أن يخالف بعضهم بعضا كما يجوز للمجتهد الواحد أن يرجع عن اجتهاده السابق إلى اجتهاد آخر ، وليس قول المجتهد بحجة ملزمة لكافة المسلمين إنما هو حجة ملزمة للمجتهد نفسه باعتبار أنه الحكم الشرعى فى غالب ظنه مادام باقيا على اجتهاده وهو أيضا حجة على من يستفتيه من المقلدين باعتبار أن مذهب المستفتى هو مذهب من يفتيه » (بدران ابو العينين بدران — الادلة المتعارضة ووجوه ترجيحها ، مجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ، العددان الثالث والرابع من السنة العاشرة ١٩٦١/٦٠ ص ١٤٧) .

وعلى ما قدمت فان ماتضمنه المعاهدة من احكام اهتدى اليها فقه الاتحاد لاينقض بفقه معارض بل يظل ملزما للفقهاء الذى اجتهد مابقى عليه كما أنه يلزم المستفتى — وهو هنا الدول أطراف المعاهدة — مادام أنها قد قبلت الالتزام بهذه الأحكام . ولكن هذا لايعنى أن رجوع المجتهد المفتى عما انتهى اليه من اجتهاد سجلته المعاهدة يؤدى إلى انقضاء المعاهدة ذلك أن الاجتهاد السابق تبقى له حجيته ولا تزول تلك الحجية بالاجتهاد الفردى اللاحق . وعند أى حنيفة إذا كان من يخالف المجتهد فى رأى أعلم بطريق الاجتهاد ويقدم عليه فى العلم فانه يدع رأيه لرأى من عرف زيادة قوة فى اجتهاده ، كما أن العامى يدع رأيه لرأى المفتى لعلمه بأنه متقدم عليه فيما يفصل به بين الناسخ والمنسوخ والمحكم والمتشابه ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد لايدع المجتهد فى زماننا رأيه لرأى من هو مقدم عليه فى الاجتهاد من أهل عصره لوجود المساواة بينهما فى الحال وفى معرفة طريق الاجتهاد . ولاخلاف بين المتقدمين والمتأخرين فى أن قول الواحد من الصحابة حجة فيما لامدخل للقياس فى معرفة الحكم فيه ، وذلك نحو المقادير التى لاتعرف بالرأى فمثلا أخبروا برأى على تقدير المهر بعشرة دراهم وبقول عائشة فى أن الولد لايبقى فى البطن أكثر من سنتين . بيد أنه إذا كان

ذلك الاجتهاد هو الاجتهاد الفريد في المسألة وليس هناك من رأى آخر أو اجتهاد فيها ، وقد يثور الشك هنا في حجية الاجتهاد الذي رجع عنه صاحبه بالنسبة للدول التي اخذت به ، فقد يقال إن الاجتهاد السابق تستمر له حجيته وعندئذ تبقى المعاهدة صحيحة سليمة الأحكام ، وقد يقال إن هذا الاجتهاد عديل للاجماع وتكون حجيته هي حجية الإجماع — عند من يقولون بالاجماع . والقول عندى أن هذا الفرض يأخذ حكم مقال به الفقهاء في الاجماع السكوتي فهو ذو حجية ولكنهم اختلفوا في نوع تلك الحجية أهى قطعية أم ظنية ، فقد اختار لجناح الأقلية في الحنفية أنه اجماع يفيد حجة ظنية وذهبت الغالبية ومنها الحنابلة إلى أنه حجية قطعية كالاجماع الصريح . . .

أما المالكية والشافعية وبعض الحنفية فيرون أن مطلق السكوت لا يحمل دائما على الاقرار بالحجية فقد يعنى عدم موافقة الفقهاء بسبب عدم اجتهداهم أو تعظيم من افتى أو خوف من حصول ضرر لو أن الفقيه أظهر قوله .

والذى يرجح عندى أن هذا النوع من الاجتهاد حجيته ظنية فهو يفيد الظن لأن الذى عرف عن الصحابة أنهم لم يكونوا ليسكتوا عن الحق أو ليخافوا في الحق لومة لائم . أما عن الاجماع فيقول السرخسى إن مذهب علمائهم « أن الاتفاق متى حصل فى شيء على حكم ثم حدث فيه معنى اختلفوا لأجله فى حكمه فالاجماع المتقدم لا يكون حجة فيه ... وقال بعض العلماء ذلك الاجماع حجة فيه يجب التمسك به حتى يوجد اجماع آخر بخلافه ويان هذا فى الماء الذى وقع فيه نجاسة ولم يتغير أحد اوصافه . فان الاجماع الذى كان على طهارته قبل وقوع النجاسة فيه لا يكون حجة لاثبات صفة الطهارة فيه بعد وقوع النجاسة فيه لأن الاجماع كان ثابتا فى عين على حكم لا لانه عين وإنما كان ذلك للمعنى وقد حدث معنى آخر خلاف ذلك ومع هذا المعنى الحادث لم يكن الاجماع قط فيكف يستقيم استصحابه ، وبه نظل نحن على ما كنا عليه . وعند بعضهم يكون حجة ويقولون قد انعقد الاجماع على حكم فنحن على ما كنا عليه من الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان الشيء لا يرفعه ما هو دونه . ولاشك أن الخلاف دون الاجماع يوضحه أن التمسك باليقين وترك المشكوك

فيه أصل في الشرع فإن النبي ﷺ أمر الشاك في التحدث . وكذلك في الأحكام نقول اليقين لا يزال بالشك » .

أما عن الاجتهاد الجماعي فقد انتهى الرأي إلى اعتبار الاجماع في أى عصر سلطة عليا لا يعلى عليها ، وهى تستطيع أن تحكم على نصوص القرآن والحديث وأنها لا يمكن أن تحكم بهما ولا أن تبطل برأى آخر سابق أو لاحق . وعامة المسلمين يخضعون في الواقع لهذه السلطة دون مناقشة ، اللهم فيما خلا بعض الخوارج والمعتزلة والشيعة .

« ولكن كيف نوفق بين موقف كهذا وبين الخضوع المطلق والولاء العميق الذى يضمنه المسلم لله ولكتابه ولرسوله الذى هو المبلغ عن الله والمبين لكتابه ؟ وكيف يمكن أن يكون هذا الموقف بخاصة متوافقا مع منطق الإسلام الذى يبغض أشد البغض كل انقياد أعمى ولا يعبأ إلا بمجد العقل والرأى الناضج حتى فى عقائده الأساسية ؟ ..

« جوهر القضية هو أن يكون لكل عضو مدركا لاستقلاله الأدبى ومسئوليته الأخلاقية أن يعبر عن رأيه فى حرية بعد تأمل ناضج فى المشكلة المعروضة ..

« فعصمة الاجماع . التى هى موضوعنا هنا . ليست فى حقيقة الأمر منسوبة إلى المفكرين أنفسهم ولا إلى هذا النص الخاص أو ذاك مما يمكن أن نرفض صحته أو يختلف تأويله وتفسيره ولكنها قد تكون فى ذلك الرجوع إلى مجموع الوثائق القرآنية والنبوية الصحيحة ودراستها دراسة ناضجة ، وبناء عليها يؤسس مفكرون ما يصدر عن من احكام » (محمد عبد الله دراز — دستور الأخلاق فى القرآن ، بيروت ١٩٧٣ ، ص ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٦ ، ٤٧) .

ذلك هو الرأى التقليدى فى الاجماع ، وهو رأى سبق أن رفضته فالاجماع عندى هو صورة من صور الاجتهاد كما قلت . ولذا فان الاجماع لا يمكن أن يكسب قدسية أبدية فهو رأى والرأى يمكن أن يقابل بالرأى . على أن الذى أقبله — اعتداء بالقاعدة العامة التى تقضى بأن إهدار الحجية يجب أن يكون

بأداة لها القوة المعادلة أو المتفوقة — هو أن الاجتهاد الجماعى يجب أن يقابله؛
اجتهاد جماعى لأن اجتهاد الآحاد قد يكون حجة ظنية أما الاجتهاد الجماعى
فهو أقرب إلى القطع منه إلى الظن وتبعاً فلا يجوز أن نهدر شبه اليقين بما هو
ظنى . والطريف أن قضية الاجماع أثارت رجلاً من العقليين فدفعته إلى أن
يعلن أن الاجماع هو كل قول قامت حجته وإن كان قول واحد ولا قيمة
لاجماع لا يقوم على حجة .

وقد ينقسم مجتهدو العصر في مسألة ما إلى رأيين ويجمع كل فريق على رأى
فيها ، فهل يعتبر ذلك اجماعاً أم لا ؟ للفقهاء في ذلك ثلاثة آراء . أن جمهور
الائمة على أنه لا يجوز احداث رأى مخالف لاحد الرايين ، ويرى الشيعة وفريق
من الحنفية والظاهرية أن ذلك لا يعد اجماعاً فيجوز احداث رأى ثالث مخالف .
وذهب نفر آخرون إلى أنه ينظر في هذا القول الثالث فإن كان لا يرفع
مااتفق عليه القولان جاز احداثه وإن كان يرفع مااتفق عليه القولان فلا يجوز
احداثه .

ويختلف الفقهاء حول امكان تحقق الاجماع . فهناك من يرون أن
الاجماع — بالمعنى المقصود في الدراسة — لا يمكن عادة أن ينعقد . في حين
يذهب جمهور الائمة إلى أن الاجماع ممكن وواقع بالفعل .

والرأى عندى أن الاجماع على التصور الذى قدمته (أى على صورة
سياسية) — وهى المعاهدة الجماعية التى تضم البلاد الإسلامية إما كأحد
طرفى المعاهدة وإما كأطراف للمعاهدة — ليس بمتعذر أن يتحقق . فهناك مثلاً
ميثاق الأمم المتحدة الذى يكاد يضم كل دول العالم إلا حفنة تعد على أصابع
اليد الواحدة . وكذا الموائيق الخاصة بالوكالات المتخصصة . إن هذه السوابق
تدل على أنه ليس من المتعذر — من حيث الواقع والممكن — أن تبرم معاهدة
فيما بين الدول الإسلامية فتضمها جميعاً أو بين الدول الإسلامية كلها كطرف
وبين دول أخرى من دارالمخالفين . وعندئذ فإن ماتضمنه مثل هذه المعاهدات
من أحكام إما أن يكون اجتهاداً جماعياً أو تقليدياً فإن كان اجتهاداً جماعياً طبقت

على نصوصه الأحكام التي ينادى بها التقليديون بالنسبة للاجماع .

ويدعوى الكلام هنا للاستطراد إلى تغير الظروف . وقد سبق أن قلت إن تغير الظروف يمكن أن يؤدي إلى انتهاء المعاهدة واعتبرت ذلك حكما يستجيب لقاعدة من القواعد العرفية في قانون الأمم — أو قاعدة موضوعية في النظرية الإسلامية ولكن هذا القول يحتاج إلى مزيد من التوضيح الآن .

إن تغير الظروف المبرر لانتهاء المعاهدة هو التغير الجذري بحيث تصبح أحكام المعاهدة غير عادلة بالنسبة لأحد طرفيها إذا نحن استمرينا في تطبيقها على علاقة الطرفين المضروب بالطرف الآخر — فاذا قلت إن أحكام المعاهدة في النظرية الإسلامية هي صورة للاجتهاد ، فإن تغير الظروف — لكي يكون مبررا للانتهاء — لا بد أن يرتب عدم صلاحية هذا الاجتهاد لأن يحقق المتصالح المشروعة لأحد الطرفين والتي كانت محل اعتبار عند إبرام المعاهدة . وفي قول آخر فإن فكرة تغير الظروف تضعنا خبال الاجتهاد امام صورة خاصة وهي متى أخذ أطراف المعاهدة في التحلل من أحكام ذلك الاجتهاد لأنه لم يعد صالحا من حيث الزمان أو المكان — أو كلاهما — بالنسبة لدولة طرف في المعاهدة .

إن هذه الصورة لا تثير اشكالا في المعاهدات الثنائية — ويدخل في حكمها المعاهدات التي تضم عددا محددا من الدول الإسلامية — لأن حجية اجتهاد الآحاد إنما تلزم المجتهد حتى يبدى رأيا مخالفا كما أنه تجوز مقابلة الرأي بالرأي . وإنما يثور الاشكال حقا بالنسبة للمعاهدات الجماعية التي تتضمن أحكاما أجمعت عليها الدول وأصبحت — عند أصحاب الفكر التقليدي — ذات حجية كالنص فلا تجوز معارضتها . ولكن ليس هذا هو الرأي عندى — ذلك اننى استلفت أن الاجتهاد في صورتيه — الأحادي والجماعي — يمكن أن يقابل باجتهاد مثله ومن درجته . وتبعاً فليس هناك حرج على الدولة تختل ولو كانت طرفاً في معاهدة جماعية — من أن تنهى أو تعدل من اتفاقية هي طرف فيها إذا كان لذلك مبرر من تغير الظروف والأوضاع .

هذا عن نصوص المعاهدة فيما تضمنته من أحكام شرعية . وبقي أن تناقش المعاهدة من حيث قوة الزامها للطرفين ، وكيف تنقضى هذه القوة الإلزامية . إن مناقشة هذه النقطة تقترب بنا — في أكثر من موضع — من الدراسة التي يجريها الفقهاء في نطاق العقود الشرعية .

ومن الطلى قبل أن اتكلم عن فك عقدة الإلزام أن أعود فأؤكد مدى الأهمية التي توليها النظرية الإسلامية إلى العهد وتمسكها بضرورة الوفاء به وأمرها بالوقوف عنده — بقطع النظر عن أي اعتبار — مادام أن الطرف الآخر لم ينقص منها شيئا واستشهد من القرآن الكريم ببعض الآيات فأكرر قوله عز وجل « وإن استنصروكم في الدين فعليكم النصر إلا على قوم بينكم وبينهم ميثاق والله بما تعلمون بصير » (الأنفال / ٧٢) وهذه الآية الجليلة تؤكد قوة الميثاق ولو في سبيل نصر مسلمين مضطهدين يستنصرون المسلمين . وفي هذا مافيه من الروعة فإن الرعاية الموثقة أثرا كبيرا في إشاعة الطمأنينة والسكينة في العلاقات الدولية .

« أن الله برىء من المشركين ورسوله فإن تبتم فهو خير لكم وإن توليتم فاعلموا أنكم غير معجزي الله وبشر الذين كفروا بعذاب اليم إلا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينتصروكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين » (التوبة / ٤) . ففى هذا النص — على الرغم من أنه مرحلى وأنه يواجه واقعا قد لا يتكرر في حياة الأمة الإسلامية — حرص الإسلام على أن يستثنى من العهود التي برىء منها الله ورسوله تلك التي حافظ أصحابها عليها ولم يخالفوا أحكاما لها .

ثم إن القرآن الكريم في وصفه لأهل البر ادخل بينهم « الموفون بعهدهم إذا عاهدوا » (البقرة / ١٧٧) . ويطول بنا الحديث لو أننا أردنا استعراض هذه الأحكام وتفصيلها ولكني أورد هنا خطرات — سبقها التفصيل — للتذكرة فإن الذكرى تنفع المؤمنين . واذكر على التلمذ ذاته بعضا من الأحاديث الشريفة .

قال ﷺ « من قتل ، أو ذل ، أو سب ، أو عاب عليه الجنة » . وفي حديث آخر « ألا من قتل نفسا معاهدة فإني لعنة الله » . رسول الله فقد اخبر بذمة الله فلا يرح رائحة الجنة .. وقال « انتهاه ، ذمه الله ، وذمة رسول الله فيشد الله قلوب أهل الذمة فيمنعون ما في أيديهم » . وفي حديث أبي رافع قال الرسول « اني لا أحبس بالعهد راى بن البرد » (الاحاديث نقلت عن ابن الأثير الجزرى — جامع الأصول من أحاديث الرسول ، القاهرة ١٩٥٠ ، ج ٣ ص ٢٥٦ — ٢٥٩ .

وقال سليم بن عامر « كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم ليقترب حتى إذا انتهى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس وهو يقول : الله اكبر ، الله اكبر . وذا ، لا غدرا . فاذا هو عمرو بن عيينه فأرسل اليه معاوية فسأله فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : من كان بينه وبين قوم عهدا فلا يشد عقدة ولا يعلها حتى ينقضى أمرها أو ينبذ اليهم على سواء ، فرجع معاوية » (أخرجه الترمذى وأبو داود . إلا أن في رواية الترمذى « الله اكبر » مرة واحدة) .

أعود بعد هذا إلى نقطة البحث ، ويمكن أن أقسم الطرق التى تنقضى بها القوة الملزمة للمعاهدة إلى طريقين :

(أ) الانقضاء طبقا لنصوص المعاهد ، — رالك إذا نفذت المعاهدة تنفيذا كاملا — كالمعاهدة لتحديد الحدود بين دولتين — وذلك بعد تمام تعبئ الحدود — أو إذا انصرم الأجل المحدد لسريان المعاهدة . وتنتهى المعاهدة فى هذا الفرض دون حاجة إلى اعلان خاص بذلك ما لم يوجد نص فى المعاهدة على غير ذلك أو ان يقرر أحد الطرفين — استنادا إلى نص فى المعاهدة — انتهاء المعاهدة . أو ان يتفق الطرفان على ذلك الانهاء .

وعندما أقول إن المعاهدة تنتهى طبقا لنصوصها فأننى أقصد بذلك النصوص الصريحة والضمنية منها . وهذا الطريق من طرق انقضاء المعاهدة تكاد تتماثل فيه النظرية المعاصرة مع النظرية الإسلامية .

(ب) انقضاء المعاهدة بتصرف خارجي ، وتتجمع أهم طرق الانقضاء
هذه حول :

١ — انتهاك أحكام المعاهدة ولا يترتب على انتهاك أحكام المعاهدة انقضائها
تلقائيا وإنما تصبح قابلة للفسخ . والذي له حق الفسخ هو الطرف
البريء الذي كان ضحية انتهاك الأحكام .

٢ — والاخلال الذي يميز الفسخ يجب أن يكون اخلالا جديا سواء كان
اخلالا بنص من نصوص المعاهدة أم بروحها .

ومن الصور التي ترد على السنة الفقهاء في خصوص هذا الطريق من طرق
إنهاء المعاهدات الإنهاء بما يسمى « الانباز » . وهو أن يحصل من الكفار ما يدل
على أنهم نبذوا العهد أي نقضوا العهد ولم يعملوا به .

وأصل هذا الحكم هو قوله تعالى « وأما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على
سواء » (الانفال / ٥٨) . والآية الكريمة توجه الحديث إلى النبي ﷺ فتأذن
له — بل تأمره — إن هو خاف من عهده نقضا لما بينه وبين العهد من
المواثيق أن ينبذ اليه عهده على سواء أي أن يعلمه بأنه قد نقض عهده حتى
يبقى علمه وعلم العهد بأنه حرب لهم والعهد حرب للرسول وأنه لا عهد
بين الرسول وبين العهد على سواء أي يستوى الرسول والعهد في ذلك .

وقد فسر البعض الآية الكريمة على أنها تعني أن يكون انباز العهد على مهل
لأن الله لا يحب الخائنين حتى ولو في حق الكافرين .

ويتضح من الآية الطاهرة :

١ — أن الخوف من الخيانة أي خشية النقض هي مبرر الانباز . وهنا يمكن
أن يثور التساؤل عن مدى انسجام حكم هذه الآية مع ما سبق أن قدمته في
شأن الوفاء بالعهد والتمسك به واحترام أحكامه . ذلك أن مجرد الخوف يكفي
الانباز مع أن الخوف ظني والعهد الذي تبرمه الدولة الإسلامية يقين فكيف
يسقط اليقين الثابت بالظن ؟ .

يجيب الفقه الإسلامى على ذلك بأن الخوف قد يأتى بمعنى اليقين ويستشهد على ذلك بقول العزيز الحكيم « مالكم لا ترجون لله وقارا » (نوح / ١٣) ، فهنا جاء الرجاء بمعنى العلم .

ثم إنه إذا تأكد للمسلمين دليل الخيانة كان نبذ العهد دفعا لما قد يحيق بالمسلمين من هلاك وما يناهم من اضرار لو أنهم استمروا على عهودهم مع قوم هذا حالهم . فسقوط اليقين فى هذا الفرض أمر جائز لأنه نوع من مقابلة المثل بالمثل فضلا على ما فى ذلك من معنى الدفاع المشروع ، (الجامع لأحكام القرآن للقرطبي — ج ٨ ، ص ٣١ ، ٣٢) .

٢ — أن هذا التبرير يعنى — فى نظرى — أن الفقهاء الذين قالوا به يكادون يشترطون لنبذ العهد أن يصل الخوف إلى مرحلة اليقين وأن يتأكد على وجه القطع المبين . أما الخوف الذى لا يتأسس على دلائل دامغة وحجج ساطعة فلا يكفى لنبذ العهد . وإذا جاز لى أن أدلى دلوى هنا فأنى أعتقد أن حمل الأحكام الخاصة بالوفاء بالعهد بعضها على البعض الآخر يقتضى أن نتشدد فى الشروط التى تسمح بنبذ العهد ، ولذا فإن الآية تعنى فى نظرى أنه إذا اتضح بما لا يدعو إلى الشك أن العدو قد استقر قراره على نقض العهد والغش فى أداء ما يفرضه عليه من التزامات كان لنا الحق فى أن نسبقه ولا نتنظر حتى تنقلب هذه النية المؤكدة المبيتة إلى واقع عملى ، فالخوف هنا ليس خوفا من خيانة العهد وإنما خوف من أن تصبح هذه الخيانة حقيقة . وإذن فمجرد توافر ما يحتمل معه أن يقع من الخصم خيانة لا يكفى لنبذ العهد بل لابد من أن يتحقق ما ثبت معه خيانة الخصم . والفرق بين الفرضين فرق واقعى يعتمد على ما يصل إلى علم الدولة وتقديرها النزيه الجدى .

والمثل يوضح ما أقول . فلو أن دار صلح تلكأت فى دفع أموال الجزية ولو كان ذلك التكلؤ عن عمد فقد لا يكفى هذا لتطبيق حكم الآية أبدا إذا أصدرت تعليماتها بعدم جباية أموال الجزية لأنها سوف لاتوفى بها فى عامها فان ذلك قد يقوم دليلا على انتواء الخيانة ويكون مبررا مقبولا للخوف من الخيانة ، وتبعاً

لنبد العهد . وهذا هو الذى يتفق مع الحديث الشريف الذى ذكرته من قبل .
عندما قيل للرسول إن المشركين سينتقضون العهد فقال « وفوا لهم واستعينوا
الله عليهم » . ويدعونى الاستطراد إلى أن أذكر هنا للتدبر أن بعض الفقهاء
يأخذ بمنطق عكسى وهو أن المعاهدات — سواء أكانت عادلة أم غير عادلة —
هى مظنة الغدر فكيف يمكن الوفاء مع توقع الغدر .

وهذا المنطق يدعونى إلى تحرى ما إذا كان معنى هذا أن حكم الآية ينطبق
على علاقة المسلمين بغير المسلمين فحسب . أم أن حكمها عام يسرى على
العهود جميعا ولو كان طرفاها دولتين مسلمتين . لعل الخيانة غير مقصودة فى
علاقة المسلمين بعضهم البعض الآخر كما أن وحدة الدولة الإسلامية كانت فى
خلفية المفسرين وهم يوضحون معنى الآية ومقصودها . لكن واقع العالم
الإسلامى اليوم — وتفتته إلى عدة دول — لابد أن يدعونا إلى طرح هذا
التصور وبحث حكمه على هدى من الآية الكريمة .

والقول عندى إن الخيانة — فى معنى نقض العهد — أمر يمكن أن يتوقع فى
علاقة دولة اسلامية بدولة اسلامية ذلك أن القرآن الكريم توقع أن تطغى طائفة
من المؤمنين على طائفة أخرى . . وإذن فالطغيان يمكن أن ينطوى على نقض
للعهد . كما أنه اجراء قد تمارسه الدولة غير الإسلامية فى حق دولة اسلامية إذا
توافرت شروطه .

قد يرد على ذلك بأن سياق الآية جاء بصدد أحكام تتعلق بالكفار فقد
سبقها قوله تعالى « وإن شر الدواب عند الله الذين كفروا فهم لا يؤمنون الذين
عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم فى كل مرة وهم لا يتقون فاما تثقفنهم فى
الحرب فشردهم من خلفهم لعلمهم يتذكرون » (الانفال / ٥٦ — ٥٧) .

وهذا اعتراض له وجاهته فالآية تتخاطب الرسول فى علاقته بالكفار وتضع له
قواعد يسير عليها فى معاملة هؤلاء الكفار . ولكن هذا لا يمنع من أنها وضعت
فى الوقت ذاته قاعدة عامة بالنسبة للعهود . فاذا أردنا أن نسن قواعد دولية
اسلامية فانا يجب أن نعرف بأن هذه القواعد تحكم العلاقات الدولية بغض

النظر عن اطرافها وأن نبذ العهد اجراء يمكن أن يتخذ ضد الدولة الإسلامية إذ خانت عهدها لاسيما وأن خيانة العهد فكرة منبوذة كلية من الشريعة الإسلامية وتبعاً فلا بد لها من جزاء ، فضلاً على أنها قد يرد عليها بالمثل والمعاملة بالمثل في الوفاء بالعهود لا بد أن تكون من المبادئ الإسلامية العامة .

إذن يجب أن تكون الخيانة على جانب من الجدية في معنى أن النقض منسوب إلى الدولة المعاهدة وصادر عنها أو عمن تسأل عنهم ويمس جانباً من الجوانب ذات الأهمية في المعاهدة . فلو أن رجلاً خرج مثلاً من دار الصلح وأفسد في دار الإسلام وقطع الطريق وأخاف الناس فإن هذا لا يعتبر خيانة ولانقضا للعهد من قبل الدولة المعاهدة لأن تلك الدولة لاتسأل عن اعمال ذلك الرجل مادام أنه خرج وفعل مافعل دون إذن حكومته ومادام أن حكومته لم تقصر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع فعلته وإن لم تنجح في ذلك . أما إذا كان الفاعلون جماعة من الناس فالأمر بين فرضين : أن تنفصل تلك الجماعة عن دولتهم وتصبح من أهل المنعة ، وهذا يرفع مسئولية دولتهم عنهم ولكن المعاهدة تنقضي بالنسبة لهم ، وبين أن يخرجوا بأذن حكومتهم أو يعلمها دون أن تتخذ الحكومة من الاجراءات مايقصد إلى منعهم ، وعندئذ تنقضي المعاهدة وتنبذ .

٣ — يجب اعلام الخصم بنقض العهد ، وهذا معنى قوله تعالى « فانبذ اليهم على سواء » أى التى اليهم نقضك العهد لتكون أنت وهم في العلم بالنقض سواء (ابن تيمية — تفسير غريب القرآن بتحقيق السيد أحمد صقر ، القاهرة ١٩٥٨ ، ص ١٨٠) . والحكم هنا يستهدف الا يكون نبذ العهد عملاً من أعمال الغدر فهو يقابل الخيانة بالشرف والخسة بالوضوح . ولذا أمرت الطرف ضحية الخيانة بأن يعلن خصمه صراحة بنبذ العهد ، وتبعاً فلو أن نبذ العهد رتب اندلاع الحرب بين الطرفين فإن مقتضى الآية أن يعلن المضرور خصمه الخائن بهذه الحرب مسبقاً . وكأن الآية قد سبقت — في خصوص الزام الدول باعلان الحرب قبل شنّها — ما جاءت به اتفاقيات لاهائى سنة ١٩٠٧ في شأن الحرب البرية .

ولا يجوز لمن نبذ العهد طواعية لحكم الآية أن يعتبر أن المعاهدة قد انقضت؛ وأن نبذها أصبح حقا مشروعاً له إلا بعد أن يتأكد من أن خبر نبذ المعاهدة قد بلغ للدولة الخصم بالطرق السلمية وأن هذا الخبر قد وصل الجهات المسئولة في تلك الدولة وأبلغته تلك السلطات لشعبها . ذلك أن هؤلاء الذين عاهدناهم لهم — بحكم هذا العهد — حقوق يحرم نقضها أو الاعتداء عليها بأي نوع من أنواع الاعتداء . وعلمهم بنبذ العهد هو الذي يرفع هذا الأمان عنهم ، وهم إلى ذلك الوقت في هذا الأمان (شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٤ ، ص ٢٩٤) .

على أن هذا لا يعني أن تقوم الدولة المضرورة بالتحري والتحقق داخل الدولة الخائنة للتأكد من أن الأخيرة قد أبلغت مواطنيها فذلك قد يعد من قبيل التدخل غير المشروع في شئون الدولة الخائنة . ثم إن فيه من الارهاق على الدولة المضرورة مالا يقبل معه أن تفرضه التزاما وشرطا مسبقا على نبذ العهد . ولذا يجوز منطوقاً أن تكتفى الدولة المضرورة — في افتراض أن نبذ العهد قد وصل إلى علم من يجب أن يصل إلى علمهم — أن تتوافر قرائن مقبولة في هذا الخصوص كأن يكون خبر نبذ العهد قد بلغ مثلاً لرئيس الدولة الخائنة أو لوزير خارجيتها . وعندما أقول تكفى القرائن في هذا الخصوص أعني أن القرائن تقيم حجة لصالح الدولة المضرورة ولكنها إذا لم تكن قرينة قاطعة كان من الجائز اثبات عكسها .

وبدهى أن التزام الدولة المضرورة باعلان النقص مشروط بالخوف ومرتبطة به فلو أن الضرر تحقق فعلاً فلم يعد الأمر خوفاً بل تعدى الخوف إلى الواقع فلا يكون هناك معنى للاعلان . فلو أن الدولة الخصم شنت الحرب فجأة على الدولة الإسلامية فلا يكون هناك محل للانذار بالنبذ وإنما يقاوم العدوان بمثله استجابة لضرورات الدفاع الشرعى . مثال ذلك ما فعله أهل ضبرياس الذين صالحوا قائد المسلمين في عهد أبى بكر ثم هاجموا المسلمين فجأة في عهد عمر الأمر الذى دفع القائد « أبو عبيدة » إلى أن يصدر أوامره إلى عمرو بن العاص بمهاجمتهم دون انذار .

٤ - فإذا توافر الشرطان السابقان وتحقق علم الخصم بنبذ العهد كان على الدولة المضرورة التزام بأن تبلغ رعايا الدولة الخصم إلى مأمهم وفاء بما بين الدولة المضرورة والدولة الخائنة من عهد لأن الغدر ليس من الإسلام في شيء . فقد قال رسول الإسلام « أربع من كن فيه كانت فيه خلة من نفاق حتى يدعها : إذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا وعد أنخلف ، وإذا خاصم فجر » . وهكذا نجد أن نبذ العهد لم يشرع لكي يفتح بابا سهلا تنفذ منه الدولة إلى نقض عهودها وإنما قيد بقيود ، وتبعا يجب اثبات أن الخصم هو الذي بدأ بنقض العهد وأن نقضه للعهد كان جديا ويمكن أن يهدد المصالح الحيوية للدولة المعاهدة ، وعندئذ يجري نبذ العهد باعلان أو اخطار يوجه إلى الدولة الخصم في علانية ووضوح كي يصل إلى علم شعب الدولة الخصم ولا يكون خافيا على أحد أو يكون مفاجأة غادرة . والعدالة تقضى بأن تعامل الدولة غيرها بمثل ماتعاملها به . ومع ذلك فإن الآفة لم تسر في المعاملة بالمثل إلى أقصى المدى لأنها مقيدة بمثل فاضلة ومبادئ سامية تأتي على الدولة الإسلامية انتهاك حرمة الفضيلة ولو انتهكتها المخالفة من الدول . ولذلك يقول الرسول ﷺ « لكل غادر لواء يوم القيامة ، وأعظم لواء غدره ، لواء أمير عانة » .

(ب) الطريقة الثانية من طرق انقضاء المعاهدة هي الاستحالة أى استحالة تنفيذ المعاهدة . والاستحالة على أنواع : فقد نكون عملية كاستحالة تسليم متهم متوفى ، أو قانونية باستقرار قاعدة من قواعد النظام العام بعد إبرام المعاهدة تجعل تنفيذ المعاهدة مستحيلا قانونا سواء جرى الاستقرار عن طريق الاجتهاد أم عن طريق السوابق ، أو موضوعية كالقوة القاهرة .

ويحلولى أن الفت النظر إلى أن حالة الضرورة وقاعدة بقاء الأوضاع على حالها تدخلان تحت المفهوم العام لاستحالة التنفيذ .

ويناقش الفقهاء التقليديون هذه الطريقة لانها المعاهدة تحت عنوان « نفى الحرج » ، حيث أن هذا المبدأ يستهدف دفع المشقة عن الناس واعفاءهم مما قد ينالهم من حرج ، وطبعى أن المشقة المقصودة هنا هي المشقة التى تتجاوز

ما اعتاده الناس بحيث لا يمكن لهم احتمالها أو الاستمرار على تحملها ولو بذلوا أقصى ما في وسعهم من طاقة ، وما يترتب عليه تلف الناس أو المال أو العجز المطلق عن الأداء . ومن لطف الله على عباده أن شرع لهم من أجل دفع هذه المشقة التي تتخطى الاحتمال — الرخص المخففة . وقد دل على ذلك قوله عز وجل « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم » (البقرة / ١٧٣) . ولما كانت الرخصة مبنية على اعذار العباد — واعذارهم مختلفة — فإن الفقهاء يقسمونها إلى أقسام على خلاف بينهم . -

فالحنفية يقسمون الرخصة إلى رخصة حقيقية — ويطلقون عليها رخصة الترفيه وتتناول ما استباح مع قيام المحرم والحرمه ، أو ما استباح مع قيام التحريم دون الحرمه — ورخصة الاسقاط وتتضمن الحكم الذي يسقط لعذر من الاعذار بالنسبة لبعض الأفراد مثل اباحة الميتة للمضطر ، والأحكام الشاقة على المسلمين كقطع موضع النجاسة .

أما جمهور الفقهاء فيقسمونها إلى الأقسام الأربعة التالية :

١ — استباحة فعل المحرم عند الحاجة والضرورة كمن يلفظ بلفظ الكفر وقلبه عامر بالايان « من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايان » (النحل / ١٠٦) .

٢ — استباحة فعل الواجب إذا كان في فعله مشقة تلحق المكلف كاستباحة الفطر في رمضان للمسافر .

٣ — مانسوخ من الأحكام الشاقة التي كانت على الأمم السابقة مثل قتل النفس في التوبة من المعصية « فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا أنفسكم » (البقرة / ٥٤) .

٤ — ما شرع من عقود للمعاملات استثناء من القواعد الأصلية المقررة شرعا مثل الاستصناع فانه من قبيل بيع المعدوم ، وبيع المعدوم باطل شرعا .

والرأى عندى أن الرخص ليست استثناء بل هى أحكام أصيل لأن توافر ظرف من الظروف التي اسلفت ذكرها — فيما عدا النوع الذى ذكرته فى

البند الثالث، — هو بلا شك حكم أصيل — يعنى أن شرائط تطبيق القاعدة الأصلية غير متوافرة ، وتبعاً فإنه يصار منها إلى قاعدة أصلية أخرى هي التي يطلقون عليها الرخصة . فالنطق بالكفر مثلاً عند الاكراه مع اطمئنان القلب بالآيمان ليس استثناء من قاعدة أصلية وإنما هو حكم خاص يخصص الحكم العام وهو عدم جواز التلفظ بالفاظ الكفر . وقد اختلف العلماء في كون العزيمة والرخصة من الحكم التكليفي أو الوضعي فمن رأى أنهما يرجعان إلى الاقتضاء والتخيير ورأى أن العزيمة اقتضاء والرخصة تخيير عدهما من التكليف ، ومن رأى أن الرخصة في الحقيقة عبارة عن وضع الشارع وصفاً من الأوصاف سبباً في التخفيف والعزيمة عبارة عن اعتبارها يرى العادات سبباً للجري على الأحكام الأصلية الكلية عدهما من الوضعي .

ومن هنا أقول إن دخول الدولة الإسلامية مع دول المخالفين في معاهدة صداقة وتعاون غير محدودة الأجل — مثل ميثاق الأمم المتحدة في زماننا هذا — لا يجانب أحكام الشريعة ولا يخالف مبادئها لأنه استجابة لضرورات معاهدة تقتضيها أوضاع الجماعة الدولية . ولا يعتبر هذا حكماً استثنائياً وإنما هو حكم أصيل استناداً إلى قاعدة أصيلة وهي نفى الحرج ودفع المضرة ، فإذا ما انتفت شروط تطبيق هذه القاعدة سقط حكمها ووجب تبعاً وقف الآثار المترتبة عليها والنكوص عن الالتزامات الناجمة عنها ، ويمكن أن نعزو ذلك إلى القاعدة العامة في تغير الظروف لأنها كما أسلفت تعتبر في نظري قاعدة عامة — وليست شرطاً — يحكم الالتزام في صورته المختلفة ويحدد أمدته ومداه .

(ج) السقوط بالتقادم ، ذلك أن المعاهدة تسقط بسكوت أطرافها عن عدم تنفيذ أحكامها فترة من الزمن . وعلى الرغم من أن هذه الفكرة — لا سيما بالنسبة للتشريع — ليست محل قبول إجماعي في التشريعات الداخلية فإن هناك شبه إجماع على الأخذ بها في القانون الدولي .

ويبدو أنه لا بد أن ينقضي وقت ممتد لكي يمكن الاحتجاج بأن المعاهدة قد سقطت بالتقادم . ولذلك نجد أن بريطانيا تعلن في برلمانها سنة ١٩٤٣ أن المعاهدة

التي أبرمت سنة ١٦٧٣ بينها وبين البرتغال لازالت قائمة . بيد أنني اعتقد أن . مرور عدة قرون على المعاهدة كاف لاعتبار أنها سقطت بالتقادم . والقول بأنها لازالت قائمة بعد كل هذه الفترة هو نوع من التجديد الرضائي وليس استمرارا للقديم ، ولذا يجب أن تتلاقى فيه الارادة الشارعة لبريطانيا مع الارادة الشارعة للبرتغال . على أنه لايجوز أن يتخذ من السكوت وحده دليلا على سقوط احكام المعاهدة بالتقادم ، بل يلزم أن تقوم إلى جانب قرائن تؤيد ذلك .

. والحكم في الشريعة الإسلامية هو أن الحق — كقاعدة عامة — لا يسقط بالتقادم ولكن إذا مضت مدة طويلة كان للمشرع أن يمنع سماع الدعوى إذا انكر الخصم الدعوى . (زهدى : يكن — المختصر في الوقف ، بيروت ١٩٦٦ ، ص ١٠٦) « استثنوا الغائب والوقف ولم يثبتوا له مدة فتسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة ويؤيده قوله في الخيرية من المقرر : أن التحرك لا يتأتى من الغائب أو عليه لعدم تأتى الجواب منه بالغيبة . والعلة خشية التزوير ولا يتأتى بالغيبة للدعوى عليه فلا فرق فيه بين غيبة المدعى والمدعى عليه وكذا الظاهر في باقى الاعذار أنه لامدة لها لأن بقاء العذر وإن طالت مدته يؤكد عدم التزوير بخلاف الوقف فانه لو طالت مدة دعواه بلا عذر ثلاثا وثلاثين سنة لاتسمع كما أفتى به فى الغامدية اخذا مما ذكر فى البحر فى كتاب الدعوى عن ابن الفرس . عن المبسوط إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لاتسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على الحق ظاهرا . وفى جامع الفتوى عن تناول العتاني قال المتأخرون من اهل الفتوى لاتسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة الا أن يكون المدعى غائبا أو صيبا أو مجنونا وليس لهما ولى أو المدعى عليه اميرا جائرا . ونقل عن الخلاصة لاتسمع بعد ثلاثين سنة أهـ ثم لايجفى أن هذا ليس مبني على المنع السلطاني بل هو منع من الفقهاء فلا تسج الدعوى بعده وإن أمر السلطان بسماعها » (نقلا عن محمد امين الشهير بجابن عابدين — رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، القاهرة ١٣٢٥ هـ ، ج ٤ ، ص ٣٥٨) .

كذلك فإن التقادم وإن لم يكن سببا من أسباب سقوط الحق فإنه قد يكون قرينة على ذلك والاثبات بالقرائن هو من الأمور التي اعتقد أن حجج المقرين به من الفقهاء المسلمين لها دلالتها المقنعة وأسانيدها المشبعة. وما يعتبر قرينة عند الفقهاء محل خلاف « والذي أختاره وأرجحه هو تعريف الشيخ عبد العال عطوة أن القرينة هي الأمانة التي تدلنا على الأمر المجهول استنباطاً واستخلاصاً من الأمانة المصاحبة والمقارنة لذلك الأمر الخفي المجهول ، ولولاها لما أمكن التوصل إليه فالبرة تدل على البعير وأثر السير يدل على المسير - (ابراهيم بن محمد الفائز - الاثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٦٣) . وعندئذ قد يكون التقادم بينة في انقضاء المعاهدة ، أو ظاهر حال يشهد بانقضائها « إن القرائن ليست مقصورة على القرائن النصية أو الشرعية ، وهي التي نص عليها الشارع بل إن كل امانة يمكن استنباطها من واقعة مع قوة المقارنة والمصاحبة بينهما ، يمكن الاعتماد عليها في القضاء ، واعتبارها وسيلة في الاثبات وهذا يسمونه بالقرائن القضائية والفقهية ، وهذا - بطبيعة الحال - يختلف باختلاف العصور والأعراف والعادات والتقدم العلمي » (الفائز - المرجع السابق ، ص ٣١٢) . ولا أريد أن أطيل في مناقشة الموضوع فقد تعرضت له بهدف توضيح أن النظرية الإسلامية لا تقر بسقوط الحق بالتقادم ولكنها تميز - عند الانكار - أن تقادم الدعوى التي تحمي الحق . والتقادم هنا قد يكون سلطانياً - أي بأمر من ولي الأمر - أو قهرياً - أي باجتهاد الفقهاء . ويختلف الفقهاء حول مدة التقادم المسقط للدعوى والممانعة من سماعها . واذن فالحقوق التي تقرها المعاهدات لا تسقط بالتقادم ولكن يجوز سماعها باتفاق الطرفين أو بناء على قاعدة عرفية دولية وأن يمنع سماع الدعوى بحق تدعيه دولة طرف ضد دولة طرف آخر - إذا انكرت الدولة المدعى عليها الحق وذلك إذا مضت المدة الاتفاقية أو العرفية . ومن هنا يمكن أن اقرر أن احكام العرف الدولي الراهن - هي التي تحكم لنا القاعدة في هذه الحالة . وفي قول آخر فإن النظرية الإسلامية تعتبر هذا من قبيل شئون الدنيا التي تترك تقريرها للدولة الإسلامية حسب مقتضى المصلحة .

فذلكة :

أما وقد انتهت من عرض اسباب انقضاء المعاهدة فأننى ارى الا ابرح هذا المقام قبل أن أناقش حرجا قد يستشعره البعض هنا إذ يحس أن النظرية الإسلامية ربما انحازت بعض الشيء للدولة الإسلامية فسمحت لها — فى مجال التحلل من التزامات المعاهدة — بما لم تسمح به للطرف الآخر إذا كان من المخالفين . وفى رأى أن دفع هذا الحرج أمر ميسور إذا نحن فهمنا — فى وضوح كاف — مدى القوة الملزمة للمعاهدة فى قانون الأمم المعاصر .

إن فقهاء القانون الدولى يكادون يجمعون على أن الوفاق الدولى لا يعتبر ملزما من الناحية القانونية الا إذا قصد طرفاه إلى ذلك . أى أن الوفاق فى حاجة إلى نية وقصد كى يخلق حقوقا والتزامات يحكمها القانون الدولى . فإذا غاب ذلك القصد أصبح الوفاق يلا آثار قانونية *sans portée juridique* والدولة لها بديهة حرية الدخول فى مثل هذه الوفاقات غير الملزمة ، وبيان ذلك أن الدول تحجم عادة عن أن تذكر صراحة فى الوفاق أنه مجرد من القوة الإلزامية . ومن ثم فإن استنباط هذه النية يستمد من قرائن كلغة الوفاق والظروف التى احاطت بالاتفاق والدوافع التى دفعت إليه . ويمكن أن اذكر هنا مثلا حديثا لوفاق دولى يفتقر إلى قوة الالتزام تلك هى الصحيفة الختامية لمؤتمر هلسنكى سنة ١٩٧٥ التى وقعها ممثلو خمس وثلاثين دولة بعد ان اعلنوا فيها تصميمهم على العمل طبقا للأحكام التى تضمنتها . ويذكر نص آخر من بين النصوص الختامية أن تحيل حكومة فنلندا نصوص الصحيفة إلى الأمين العام للأمم المتحدة على الرغم من أن تسجيلها لا يعتبر واجبا فى مفهوم المادة ١٠٢ من ميثاق الأمم المتحدة من حيث أنها ليست معاهدة أو وفاقا دوليا فى مفهوم تلك المادة . وقد أبرز ممثلو الدول الحاضرون فكرة أن الصحيفة لا تتضمن تعهدا قانونيا ولم يقصد بها أن تكون ملزمة لاطرافها (Russell, Harold-The Helsinki

Declaration. Broodingang or Lilliput 70 Ajil 24, 247, 248, (1976).

إن افتقار الوفاق إلى قوة الالتزام لا يعنى أن يصاغ دائما فى عبارات غير قاطعة . فقد يكون الوفاق محدد العبارة واضح الارتباطات دون أن يكون إذا اجبار قانونى مثل ذلك الوفاق الذى أبرمه سنة ١٩٠٨ وزيراً خارجية كل من الولايات المتحدة الأمريكية واليابان بشأن الهجرة والذى ظل معمولاً به حوالى عشرين عاماً . وكذا وفاق لندن سنة ١٩٤٦ بشأن توزيع مقاعد مجلس الأمن . بيد أن هذا لا يؤدى إلى اهدار كل قيمة قانونية لتلك الوفاقات . ذلك أن هذه الوفاقات قد يترتب عليها مراكز قانونية وعندئذ يمتنع على أطرافها الطعن فى سلامة تلك المراكز ، ثم إن لكل من أطرافها أن يتقدم للآخر بملاحظات حول تنقيذ ما جاء بها من تعهدات لأن مقتضى إدراج موضوعات معينة ضمن هذه الوفاقات يعنى أن الموضوعات المذكورة لم تعد تهم دولة بعينها وحدها بل إنها أصبحت تهم كافة الأطراف المعنية . واذن فلا يجوز أن تعمى حقيقة أن انتهاء المعاهدات غير الملزمة أيسر من انتهاء المعاهدات الملزمة — لا يجوز أن تعمى تلك الحقيقة واقع الدور الذى تلعبه تلك المعاهدات .

ولما كان ما قدمت يمثل اجماع الفقهاء والعمل الدولى فإن فلسفته العامة تركزى اتجاهات النظرية الإسلامية لأن الفكرة الأساسية تقوم على أن النية هى الفارق بين اتفاق ملزم واتفاق غير ملزم ، وهذه النية هى العماد فى النظرية الإسلامية الذى تدور حوله كذلك القوة الملزمة للمعاهدة . فإذا كانت النية قد انجهدت للالتزام — أو كان حكم الشريعة هو فرض قوة الالتزام — فإن التزام الدولة الإسلامية يغدو اقوى وأكثر اجباراً طبقاً لأحكام النظرية الإسلامية على نحو ما بينت آنفاً . وإذن فليس هناك من مبرر لنقد النظرية الإسلامية أو الزعم بأنها تحاى الدولة الإسلامية لأن هذه المحاباة — ان جاز تسميتها — محاباة — هى كذلك متأيدته الأحكام الدولية المجمع عليها اليوم .

ويحلو لى — فى هذا المقام — أن أنهى الكلام عن انقضاء المعاهدات بالتنبيه إلى أن الإسلام بلغ فى الوفاء بعهوده لغير المسلمين خدأً يقعد فيه عن نصرة المسلمين على المتعاهدين « وإن تستصروكم فى الدين فعليكم النصر إلا على قوم

بينكم وبينهم ميثاق » (البقرة / ١٩٠) . وهذا حد مثالي في رعاية الوفاء بالعهد القائم على نظرة انسانية عالمية شاملة تتجاوز المصالح المحلية وتتخطى الأغراض المحدودة حتى فيما يتعلق بالدين .

تقويم الدور الذى تؤديه المعاهدة فى العلاقات الدولية :

قلت فيما سلف إن نصوص المعاهدة — فيما اعتمدته من معنى لدراستى هذه — هى اجتهاد أو تقليد . وهى اجتهاد سلطاني لأنها تعتمد فى قوة إلزامها على سطوة السلطان وهى تتضمن حقوقا والتزامات تتصل أولا بالسلطان — أى بالدولة — فطرفها هى الدولة وليس الفرد وتبرمها الدولة بما لها من إرادة شارعة تفرض الأصول وما تجتهد به فى الفروع .

وإذن فأول ميزة ايجابية للمعاهدة هو أنها تحقق للأحكام الإسلامية ما يمكن أن يحققه التقنين الدولى فى العصر الراهن فقد وجدت حركة التدوين عضدا لها فى مفهوم وحدة البشر وسعيهم نحو عالم منظم .

ولامراء فى أن أظهر حقائق تاريخ قانون الأمم هى الحركة التى تبتغى أن تحل القواعد المدونة محل الفتاوى العامة أو القواعد غير المكتوبة . ذلك أن كرامة أى نظام قانونى لا بد أن تتأثر مادام أن وجوده محل شك أو موضع طعن . ومن هنا فإن النظام القانونى يقترب من الكمال والفعالية بقدر ما تتوافر له صفات الدقة والتحديد والتفصيل والجددة . وكم عانى قانون الأمم المعاصر من افتقاره إلى الدقة والتأكيد بسبب أنه لم يكن ثمرة جهد سلطة مركزية ، الأمر الذى اضفى عليه سمة التعقيد والتناثر . ومن ثم فإن جهود تدوين قانون الأمم الوضعى تمثل تقدما جذريا نحو استكمال فكرة جماعة دول ذات نظام قانونى ويحكمها قانون عالمى . والأمر متماثل فى الشريعة الإسلامية ذلك أن الأحكام الأصلية — أحكام القرآن والسنة — لم تأت دائما فى صياغة قانونية وإنما جاءت فى عبارات عامة وعندئذ فإنها تحتاج — من حيث الصياغة القانونية — إلى اللغة الفنية والتركيبات القانونية كى توضح أحكامها وتفصل مقتضاها . كما أن

احكام القضاء وأقوال الفقهاء قد تكون هى كذلك فى حاجة إلى الصياغة والتحديد . ولا جدل فى أن هذا الجهد التقينى لابد أن يخلق آثارا حميدة على حبك أحكام النظرية الإسلامية وجعلها أكثر يسرا لتناول المحتاجين لتفهمها أو تطبيقها . وقد استشعر بعض ذوى الرأى هذه الحاجة فسعى إلى تدوين احكام الشريعة الإسلامية وتقنينها . ويقتضى الانصاف أن انبه إلى أن سدنة هذه الحركة الميمونة — الذين يحاولون اجراء السفينة إلى مرساها — كانوا على المستويين : الفردى والحكومى ، وقد ألمحت إلى ذلك فيما سبق .

وتبعا فإن المعاهدات التى تنمط الأحكام الإسلامية يمكن أن تكون أداة طيبة — على مستوى الحكومات — لتدوين أحكام الشريعة الإسلامية والتمهيد لإعداد مقننة دولية تضم أحكام القانون الدولى الإسلامى .

الفصل الثالث فى نظام الحضرتين (الدبلوماسية) والنظام القنصلى

المبحث الأول فى نظام الحضرتين (النظام الدبلوماسى)

تعريف وتحديد :

الدبلوماسية Diplomacy-Diplomatie كلمة افرنجية ترجع فى اصلها القديم إلى اللغة الاغريقية وقد انتقلت منها إلى اللاتينية ثم إلى اللغات الاوروبية ، ومن الانجليزية الفرنسية استورد الكتاب اللفظة إلى اللغة العربية . وتعنى الكلمة فى أصلها اليونانى — الوثائق التى يتراسل بها الحكام فى علاقاتهم الرسمية ولذا فإنها كانت تطوى كطى الكتاب للسجل وتضفى على حاملها امتيازات خاصة . فهى إذن صورة من صور البريد الذى يتخاطب به ساسة الدول يحملها ساع يمثل دولة وفحواها شأن من الشؤون الدولية . فلا عجب أن تظل آثار تلك السمات باقية إلى يومنا هذا فيما اصبح يسمى بالحقيبة الدبلوماسية .

وقد تطور المصطلح فى اكثر من معنى عبر العصور حتى اصبح ينصرف فى مدلوله المعاصر إلى علم وفن ادارة العلاقات الخارجية للدولة بالطرق السلمية . وقد تستعمل الكلمة فى معان اخرى ولكنها استعمالات مجازية . لأن المدلول الأنف هو الاكثر ذيوعا اليوم .

والدبلوماسية علم من حيث أنها تتطلب كسب معرفة واسعة . متعمقة بالعلاقات الدولية السياسية والقانونية والوقوف على الروابط التى تقررهما المعاهدات الدولية . وهى فن من حيث أن الممثل الدبلوماسى « يحتاج فى أداء

مهمته إلى موهبة يستشف بها بواطن الأمور وبصيرة يستنبط بها الحقائق ويصل إلى النتائج وتحمل للمصاعب لا يفقده الرشد في الملمات (صلاح الدين المنجد - فصول في الدبلوماسية ، جزء ملحق بكتاب رسل الملوك والأفراد ، ص ٩١) .

والحق أن انتشار التعبير الإفرنجي في الكتابات العربية دفعني إلى التنقيب عن مقابل له في اللغة العربية فوجدت بتوفيق من الله على مصطلح استخدمه العباسيون وهو « نظام الحضرتين » . وقد وردت إشارة إلى هذا التعبير في مؤلف الكاتب الإسلامي أمير علي المعنون (A Short History of the Saracens, ed. 1921, p. 662) . وقد استعملت التعبير لسلامة دلالة لغة ومصطلحا .

فالحضور لغة نقيض الغيب والغيبة — كلمته بحضرة فلان أي بمشهد منه وأنه لحسن الحضرة إذا حضر بخير . والحضرة قرب الشيء تقول كنت بحضرة الدار وحضرة الرجل قربه وفناؤه وفي حديث عمر بن سلمة الجرمي : كنا بحضرة ماء أي عنده ويقال أنه ليعرف من بحضرته ومن بعقوته (لسان القرب ، لابن منظور ج ٣ ، اعداد وتصنيف يوسف خياط ، بيروت ، ص ٦٥٨) .

وهكذا نجد أن الحضرة تعني القرب والمشاهدة والسعي إلى الخير . ولما كانت دولة الابتعاث تقصد من وراء هذا الابتعاث أن يكون لها مقيم قريب من مسرح الأحداث مشاهد لمجريات الأمور ساع إلى تدعيم وشائج الخير بينها وبين دولة القبول . كما أن دولة القبول إنما تستقبل المبعوث فتأذن له بالاقامة المستمرة ليكون قريبا منها كما أن دولة القبول هي أيضا دولة ابتعاث لمن يمثلها لدى دولة القبول بمعنى أن الدولتين تتبادلان الأدوار فكل منهما دولة ابتعاث بالنسبة لرسولها ودولة قبول بالنسبة لرسول الدولة الأخرى فإن كلا منهما يستقبل حضرة ويبعث بأخرى . ومن هنا كان مصطلح « نظام الحضرتين » مصطلحا مناسباً كي يطلق في اللغة العربية كمقابل لعديله الإفرنجي « النظام

الدبلوماسى « ولذا فانى استخدم المصطلح هنا بهذا المعنى كما أطلق على الممثل الدبلوماسى «ممثلى الحضرتين» . وقد يكون من المناسب أن نقصر المسمى على رئيس البعثة حيث ان هناك مسمى آخر يصلح للدبلوماسى عموما ذلك انه يمثل حضرة لدى حضرة اخرى وانه يحمل اوراق اعتماد حضرة تمثيلها لدى حضرة دولة اعتماد لذلك التمثيل من تلك الحضرة الاخرى . كما ان السلك الدبلوماسى هو « سلك الحضرتين » . وغنى عن القول ان ماأراه هو من قبيل اصفاء مدلول فنى على لفظ عربى ومن ثم فان التطابق اللغوى الدقيق مع المقصود الفنى ليس شرطا لازما لذلك . بيد اننى قد لا اتمسك بهذه المسميات الجبرية دائما على النحو الذى اقترحه — فى ثنايا هذه الدراسة — لانها جديدة على السمع العربى وتحتاج إلى بعض الوقت كى يستوعبها الذوق العربى الذى افسدته محاكاة الغرب .

وقد ادمشنى ان الدراسات الإسلامية تخلو من قول واضح فى النظام الدبلوماسى — أو نظام الحضرتين — يعالج جوانب الموضوع ويناقش مشكلاته على نمط ما تجرى به الدراسات المعاصرة . ولعل أشهر ما دمج فى هذا الموضوع هو كتاب « رسل الملوك ومن يصلح للرسالة والسفارة » لآبى على الحسين بن محمد المعروف بابن الفراء (وقد طبع سنة ١٩٤٧ بمطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة) .

ولكن هذا الكتاب — شأنه شأن غيره من الدراسات الاسلامية التى تناولت الموضوع — يصرف همه إلى اوصاف ممثل الحضرتين وطرائف ماعرفه التاريخ من أقاصيص هؤلاء السفراء . وانى لا أنكر أن الاهتمام ببيان ما يجب أن يتوفر فى الرسول من صفات وما يحسن أن يتحلى به من سمات وحكاية ما يقابل به السفراء من حفاوة وترحاب ، وسوق امثله من نوادر هؤلاء هو من بين النقاط التى تستكمل بها الدراسة ويزركش بها البحث ولكنها ليست هى جوهر الدراسة ولا هى لب الموضوع فهى معين محدود الفائدة فى استجلاء معميات القضية واستيضاح جوانبها القانونية . فلا عجب اذن ان اجد الطريق

أمامى وعرة المسالك غير ممهدة الدروب . ومن هنا كان الاجب - الشخصى
سيلا مندوبة لمناقشة نظام الحضرتين فى اطار متطلباته : - يثة ومشكلاته
المعاصرة ومن ثم فان دراسة نظام الحضرتين بل والجزء . لاغلب من قانون
السلام - يعد مجالا خصبا لتطبيق مدرك المصالح المر . (أو الاستصلاح أو
الاستدلال ايا كان المسمى) وغيرها من ضوابط . ضرورة فى التفسير .

رجعة إلى الوراء :

ليس بخفى أن نقول إن نظام السفارة : - يم قدم العلاقات البشرية ولكن نظام
السفارة الدائمة حيث يستقر السفير لدى دولة القبول لم يعرف الا مع توفر
قدر كاف من علاقات السلام بين الدول . ولذا نشهد الملاحم المبكرة لتلك
السفارة الدائمة تتبدى مع مطلع القرن الثالث العشر . وكانت لتلك النقطة
معقباتها على تطور نظام الحضرتين من حيث من تجمعهم الحصانة ، إذ امتدت إلى
حاشية السفراء ومن يعولون وانتقل مفهوم الحصانة الشخصية من مجرد ضمان
ارتحال المبعوث هو وأسرته محمية إلى دولته دون مساس به اللهم الا جواز
تحسس ملابسه للتأكد من أنه لا يحمل سلاحا إلى حرية شاملة تؤمن امواله
وتحرم التعرض لشخصه .

وأغلب الظن ان السفارة الدائمة هى الصورة المشروعة لنظام سبقها من
التجسس حيث كان العميل يتبع إلى البلد الاجنبى ليقيم هناك يتحسس
الاخبار ويوافى بها دولته ويتنسم الارضاع وينقلها إلى سيده فلا غرو ان تظل
اثار هذه السفارة الخفية عالقة بالاذهان حتى اليوم فى النظرة إلى المبعوث . بيد
هذا لم يحل دون تطور حصانات المبعوثين وامتيازاتهم تطورا حثيثا جهرها فى
اوائل القرن التاسع العشر لان تقنن فى وفاق دولى عام وان تتابع مسيرتها عبر
المتغيرات الدولية لتكون محل مراجعة دولية فى وفاق حديث (وفاق فيينا فى
١٨ ابريل سنة ١٩٦١) .

ولم تكن السفارة عند العرب بأقل اهمية عند غيرهم . والقارىء لتاريخ
العرب يجد ان العرب حتى فى جاهليتهم عرفوا السفارة بمعنى قريب من معناها

الحديث وكان لقريش قصب السبق في ذلك المضمار . فقد استخدم العرب السفارة فيما بينهم وكذا فيما بينهم وبين القبائل والشعوب المجاورة لتبادل المنافع من الجيران فضلا على حاجتهم إلى كسب الانصار فيما كان ينشب بينهم من معارك حامية وحروب ضارية وساعدهم على تطوير نظام السفارة ما تمتع به الجزيرة العربية من موقع استراتيجي بفضل متاخمتها لمرتكزات الحضارات القديمة . وتحفل كتب التاريخ بأخبار رسل العرب إلى الملوك ووفادتهم على الحكام واستقبالهم لبعثات تحطب ودهم وتبستحث مؤزارتهم . كما كانت رحلة الشتاء والصيف شريانا يصل بين جنوب الجزيرة وشمالها وما يواكب ذلك من صلات سياسية ووفاقات تجارية وقد زكى هذا أن مقدسات العرب الكبرى كانت تضمها مناطق في الجنوب واخرى في الشمال فالكعبة في الجنوب وبيت المقدس في الشمال ولذا فان مواسم الحج كانت مناسبات للتفاوض وابرار الاتفاقات « ووجد منقوشا على سد مأرب ما يفيد قدوم سفارات للتهنئة على ابرهة من شتى الامصار والممالك سنة ٥٤٣ ميلادية إثر انتصاره على الحميريين وتأسيس أول دولة مسيحية باليمن ... ومن المعروف أن آخر سفراء قريش في الجاهلية كان عمر بن الخطاب قبل أن يسلم » (حسن فتح الباب — مقومات السفراء في الإسلام ، القاهرة ١٩٧٠ ، ص ١٣ — ١٧) . وقد شهدت علاقات الشمال بالجنوب اطراف سفارة في التاريخ وهي سفارة هدهد سليمان الى بلقيس ملكة اليمن . كما اننى لا انسى في تاريخ جاهلية العرب سفارة عمرو بن العاص إلى نجاشي الحبشة ليحملة على تبليغ اللاجئين المسلمين إلى قريش والتي منى فيها عمرو — وهو المحاور الاخير — بالفشل الذريع أمام حجة الإسلام الدامغة .

ويروى الواقدي ان قريشا في الجاهلية كانت إذا ارسلت رسولا إلى بعض الملوك قالت له « احفظ شيئا : انتهر القريضة فإنها خلصة وبت عند رأس الأمر لا ذنبه واياك وشفيعا مهينا فانه أضعف وسيلة واياك والعجز فانه أوطأ ركب وعليك بالصبر فانه سبب الظفر ولا تخف الغمر حتى تعرف القدر » فاذا توجه للمسير قالت له « اللهم قو ضعفه واحرس غفلته وشد مئنته ، اللهم اظو عنه

غول الأرض وهولها وحببه إلى اصحابه واحمله على ركابه وسلم له عصيها وقصبتها وأرو عنه وعنهما الاعراض والامراض حتى تؤد به سالما إلى سالمين » (ابن الفراء — رسل الملوك ، المرجع السابق ، ص ٣٨) .

تطور نظام الحضرتين في الدولة الإسلامية :

اهتمت سفارات العرب في جاهليتهم بتوطيد اواصر العلاقات التجارية ولكن تغيرا جذريا طرأ على غايات تلك السفارات مع ظهور الدعوة الإسلامية . ذلك ان الرسالة في القرآن انصرفت في أول عهد الدعوة إلى معنى رسالة الانبياء المرسلين . وذلك هو مانصت عليه كثير من آيات الكتاب الكريم . من ذلك قوله تعالى « كما ارسلنا فيكم رسولا منكم يتلو عليكم آياتنا ويزكيكم ويعلمكم الكتاب والحكمة » (البقرة / ١٥١) وقوله عز من قائل « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » (النساء / ٦٤) وقال تبارك اسمه « ياأيها الناس قد جاءكم رسولنا يبين لكم على فترة من الرسل أن تقولوا ما جاءنا من بشير ولا نذير » (المائدة / ٢١) . وقال سبحانه وتعالى « إنا ارسلناك بالحق بشيرا » (البقرة / ١١٩) . والآيات عديدة في هذا المعنى . ومن ثم فإن السفارة بدأت سفارة إلهية يتسفر بها رسول كريم . وبذلك ان تنغيا سفارة كهذه مقاصد دينية وتسعى الى تحقيق غايات عقائدية .

واهتم الكتاب العزيز ببيان ان المبعوث الالهى يجب ان يكون ممن يتكلمون لغة القوم الذين يبعث فيهم لأن ذلك أحج عليهم وأدعى لتفهم دعوته « وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه ليبين لهم » (النساء / ٦٣) . ولما كان المبعوث إلهيا فإن بعثته لا بد أن تكون محل قبول ولذا حذر القرآن من عدم الانقياد لما يأتي به الرسل « انا ارسلنا اليكم رسولا شاهدا عليكم كما ارسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول فاخذناه أخذا ويلا » (المزمل / ١٦) . « وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمهارسولا » (القصص / ٥٩) « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » (الانراء / ١٦) .

وهكذا غلب المفهوم الديني على السفارة الإسلامية في أول عهد الإسلام وقت أن كان منطلق دعوته من أم القرى . وكانت وسيلة السفارة في الدعوة إلى الإسلام ونشر الدعوة هي الحكمة والموعظة الحسنة . ومن أطرف السوابق على ذلك سفارة الباقلاني إلى الروم لمناظرة القساوسة هناك لما اتسمت به المناظرة من قوة في الحججة وعمق في المنطق ، فلما كانت الهجرة إلى المدينة وتبدت شواهد ظهور دولة المدينة الإسلامية بريادة الرسول ﷺ كان لابد من أن تضاف اغراض اخرى إلى الغرض الأولي ذلك أن نشر الدعوة الإسلامية يقتضى تدعيم اركان الدولة الناشئة وتأمين علاقاتها مع جيرانها . وهكذا بدأت السفارة الإسلامية يتسع نطاقها وتعدد اغراضها وفي مقدمة مااستحدثت من اغراض عقد الهدنة واقتضاء الجزية و ابرام معاهدات الصلح . ويقول القرطبي إن المشركين كانوا يطلبون لقاء الرسول ﷺ لاجل الكلام في الصلح وغيره من شئون دنياهم (تفسير القرطبي ٨ / ٧٧ ، طبعة دار الكتب العربية) . ولكن بقيت الدعوة إلى العقيدة ورفع ألويتها هي الهدف الاساسى من الدبلوماسية الإسلامية ، ولم تخرج الدبلوماسية الإسلامية — على عهد الرسول — عن تصوراتها المعروفة وقتئذ — فكانت هناك السفارات العلنية لإدارة مهام بعينها وكانت هناك السفارات الخفية لتسقط الاخبار ومراقبة الاوضاع .

أما عن السفارة العلنية المؤقتة فمنها ان الرسول ﷺ ارسل جريرا بن عبد الله إلى ذى الكلاع وأرسل شجاع بن ذهب الاسدى إلى جبلة بن الأيهم . قال الواقدي « بل إلى شمر بن الحارث بن ابي شمر وأرسل إلى المقوقس صاحب مصر حاطب بن ابي بلتعة حليف بنى أسد فأكرمه ووصله وبعث إلى رسول الله بمارية ام ابراهيم ومعها رقص واختها ام عبد الرحمن بن حسان بن ثابت وبغلته دلدل وحمارة يعفور .. وأرسل عمرو بن العاص إلى خيفر وعيد بن الجندى بن المستكبر لازدمين بغمان فأسلما وغلبا على عمان وأرسل وحيّة بن خليفة الكلبي إلى قيصر ملك الروم وأرسل عمرو بن أمية إلى النجاشي وأرسل سليطا بن عمر أخا عامر بن لؤى إلى اهل اليمامة ويضيف الواقدي أن

الرسول ﷺ ارسل إلى هوزة بن على الحنفى وأرسل العلاء بن الحضرى حليف بنى أسد إلى المنذر بن ساوى العبدى وأهل البحرين وبعث المهاجر بن ابي امية الخزومى إلى الحارث بن عبد كلال الحميرى ملك اليمن . وارسل عبد الله بن حذافة السهمى إلى كسرى بن هرمز (ابو الفراء — رسل الملوك ، المرجع السابق ، ص ٤٢) . وجدير بالذكر أن هذه السفارات ذات الطابع الدينى الراجح لم تخل من عنصر سياسى يتمثل فى أن نفوذ الإسلام هو نفوذ للعرب فهم حملة لواء الدعوة ولغتهم هى التى نزل بها القرآن الكريم .

وأما السفارات الخفية فكان منها العباس فى مكة وأنس بن أبى مرثن الفنوى فى اوطاس (قرب الطائف) والمنذر بن عمر السعيد (الذى يعرف باسم (اعتق ليموث) (Hamidullah, M.- The Muslim Conduct of State, Lahore , 1941, p. 143).

وكان طبيعيا أن يجيء عهد الخلافة الراشدة امتدادا يكمل مابدأه الرسول وأول علامة لذلك أن ابا بكر أخرج سرية خاصة كان الرسول ﷺ قد اعدّها قبل وفاته . والحق أن السفارة الإسلامية — بسمتها الدينية — ليست بدعا من السفارات فقد سبقتها فى الغرب سفارات البابا إلى ملوك فرنسا وأباطرة بيزنطة . وكان مبعوثو البابا هؤلاء يسمون « المسئولين Responsables » ثم تطورت مهمتهم فاصبحوا يوفدون فى بعثات سياسية أو لتمثيل البابا فى امر من الامور وعندئذ اصبحوا يسمون المنبويون « Legats » . فلما جاءت السفارة الدائمة كان سفراء البابا يقومون إلى جانب الوظائف الروحية ببعض المهام الزمنية ، وأطلق على ممثلى الدرجة الأولى منهم لقب « قاصد رسولى Nonce » وعلى ممثلى الدرجة الثانية لقب « نائب قاصد رسولى Inter-nonce » .

ولم تختلف السفارة الإسلامية — طبيعة وغاية — فى عهد الامويين عنها فى عهد الخلافة الراشدة ، ذلك أن الحروب التى استعرت بين الامويين وبيزنطة لم توفر مناخ السلام الذى يسمح بدخول الامويين فى علاقات سلمية مع البيزنطيين . وتذكر المصادر التاريخية أن العلاقات السياسية جرت بين العرب

والصين في عهد هشام بن عبد الملك وان هشاما اوفد رسولا اسمه سليمان إلى ملك الصين عام ١٠٨ هـ . وتوثقت صلة المسلمين بالصين في العصر العباسي حين أرسل العباسيون جندا من جندهم ليعينوا ملكا على آخر فطاب للجنود المقام هناك وتزوجوا من نساء الصين .

كما أن ما أصبحت عليه الدولة الإسلامية — في عصر العباسيين — من خطر ورهبة جانب انعكس على السفارة فعظم شأنها وتكاثرت الوفود المرسلة والقادمة فابتعث المنصور رسلا إلى ملك الفرنجة نزلوا في مارسيليا وقضوا فترة الشتاء في متز واقاموا في قصر سلس على شاطئ اللوار . وأرسل رسلا آخرين إلى ملك الروم واستقبل رسلا من الفرنجة والروم وكذلك فعل المهدي . فلما جاء هارون الرشيد تعددت الرسل بينه وبين شارلمان وتحقق نوع من توازن القوى الدولي إذ تحالف هارون الرشيد مع شارلمان وقام حلف جمع مملكة الروم الشرقية ودولة الامويين في الاندلس . وهكذا كانت بغداد خلية لنشاط سياسي عريض وأقبل عليها وفود من الحبشة والخزر والصين . وتعددت السفارة العباسية الروم إلى البلقار والصين وبلاد الصقالبة . ومن الطريف أن بعض هذه السفارات كانت لأغراض ثقافية بغية دراسة الكتب النادرة وتبادل العلماء وتيسير مهام الباحثين .

فلما ضعفت سلطة الخليفة العباسي وتفسخت الدولة في امارات اقطاعية ظهرت صورة خاصة من صور البعثات الدائمة إذ كان للخليفة رسل تقيم لدى بلاط هؤلاء الامراء في نيسابور و مرو والموصل ودمشق وغيرها ، كما كان يستقبل وفودا من هؤلاء الامراء . وكان مبعوثو الخليفة اشبه بممثلي البابا وقتئذ فكانوا يصاحبون الحكام في غزواتهم . ولذا شوهد بعض هؤلاء في معسكرات ألب أرسلان والملك شاه ونور الدين محمود وصالح الدين كما كانوا يعملون — لاسيما في عهد الأيوبيين — على مصالحة الامراء وتسوية صراعاتهم الدامية . فنجد مثلا أن ابا الفداء مبعوث الخليفة هو الذي يسوى النزاع بين أبناء الملك المظفر .

أما ممثلو الامراء فكانوا يسمون « شحنة » والشحنة عند العامة بفتح الشين هو الامير وقال الازهرى شحنة الكورة — بكسر الشين — من فيهم الكتابة لضبطها من اولياء السلطان — (لسان العرب لابن منظور ، اعداد وتصنيف يوسف خياط ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٢٧٩) . وأرى أن من المناسب كثيرا أن نطلق المصطلح العربى « شحنة » على مايعنيه المصطلح غير العربى « الدبلوماسى » فيكون الشحنة هو اللفظ العربى للدبلوماسى ومهمتهم الاساسية مراقبة تحركات الامراء الآخرين ، ولذا فإن « الشحنة » كان يحرص على الاقامة فى مناطق قريبة من بغداد مثل البصرة وتكريت والواسط (لأمير على — المرجع السابق ، ص ٤٠٧ — ٤٠٨) . تلك هى الصورة المبكرة للسفارة الدائمة التى سبقت بدايات السفارة الدائمة التى نعرفها اليوم بأكثر من أربعة قرون ولكن شاءت الاقدار الا تستمر تلك الصورة طويلا إذ انحلت آثارها عند ملوك المغول ببغداد (٦٥٦ هـ) .

كذلك قطعت السفارة شوطا بعيدا من التطور فى العهد الاموى بالاندلس . فقد ألقت أم النصرانية — على قول المقرئى — بيد الطاعة للامويين وأوفدوا عليهم رسلهم وهداياهم فى سبيل المهادنة والمعاشة السلمية ولم تبق امة سمعت بهم فى مشارق الارض ومغاربها إلا وقد أوفدت عليهم الوفود . وبدهى أن يقابل ملوك الاندلس هذا الفيض من الوفود بوفود يبتعثونها إلى الروم والفرنجة وانجوس وغيرهم . وكانت المنافسة واضحة بين بغداد وقرطبة — على مستوى المسلمين — وبين بيزنطة واكس لاشايل — على مستوى الفرنجة . وكان طبعيا فى هذا التأخى الدولى أن يقوم توازن بتحالف يجمع المتنافسين لقاء المتنافسين . وخلفت تلك الاوضاع آثارها على العلاقات الدولية والسفارة إذ بدت اهمية الالتجاء إلى السفارة لتحقيق اهداف السياسة الخارجية وفض المنازعات الدولية وتبدت فعالية « نظام الحضرتين » . كبديل يغنى عن السيف ويهدد من شدة العنف . وبدهى أن يدفع ذلك إلى الاهتمام بدراسة النظام ومحاولة ارساء قواعد له وأصول .

إن تتبع تاريخ السفارة الإسلامية امر قد يطول شرحه ولكنى اجتزئ بما قدمت لاسيما وأن الدول الإسلامية بدأت تبعد بعد ذلك عن أن تقتيد في علاقاتها الخارجية بأحكام الشريعة الإسلامية بحيث يصعب على أن اتخذ من سلوكها في العصور التالية مثلا لنماذج اسلامية تبنى عليها نظرية شرعية .

السفارة في الإسلام : ضرورة أم خيار ؟

يطيب لى قبل أن افصل مأراه من احكام السفارة فى النظرية الإسلامية أن اطرح سؤالا أوليا : هل تفرض النظرية الإسلامية على الدولة الإسلامية أن تجعل من السفارة جزءا من نشاطها الخارجى أم تترك لها الخيار إن شاءت ابتعت، وإن شاءت قطعت .

إن اول مايتبادر إلى الذهن فى الاجابة على هذا السؤال هو أن رسول الله ﷺ — ومن بعده الخلفاء الراشدين — مارسوا السفارة إيجابا يبعث الوفود وسلبا باستقبالهم وأن هذه السنة كُونت عرفا يكفى لتأكيد أن نظام السفارة كسب ركيزة مستقرة فى النظرية الإسلامية . ولكنى ارى ان هذا الجواب لا يشفى الغلة لأن سفارة الرسول ﷺ وخلفائه كانت — كما اسلفت — ذات طابع دينى غالب ثم انها كانت سفارة مهمات عارضة ومؤقتة وتبعافان تساؤلى لازال يحتاج إلى مزيد من التمهيد .

ويشذو أن جمهور الفقهاء مقتنع بان الاساس القانونى للسفارة فى النظرية الإسلامية هو قوله تعالى « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » (التوبة / ٦) . وقد قال ابن كثير فى تفسير هذا « والغرض : أن من قدم من دار الحرب إلى دار الإسلام فى اداء رسالة أو تجارة أو طلب صلح أو مهادنة أو حمل جزية أو نحو ذلك من الاسباب وطلب من الامام أو نائبه أمانا أعطى امانا مادام مترددا فى دار الإسلام وحتى يرجع إلى داره ومأمنه ووطنه » (تفسير ابن كثير / ٣٣٧ ، طبعة البائى الحلبى) .

ولكنى لا اسير هذا القول ذلك أن الآية الكريمة نص في الامان ونحن
بصدد السفارة الدائمة ثم إنها تتكلم عن اجارة المشركين ، والسفارة الدائمة انما
تكون اساسا بين الدول الإسلامية والدول الكتائية ، أو الدول المشركة . والرأى عندى
أن علاقة الدول الإسلامية بالدول المشركة علاقة واقع وليست علاقة قانون ومن ثم
فإنها يجب أن تكون فى اضيق الحدود وماتقضى به الضرورات التى تبيح
المحظورات . وهذا هو ما فسر به العهد الذى عاهد به الرسول ﷺ القبائل
التي سكنت ما بين المدينة وساحل البحر الاحمر مثل جهينة وبنى خمار وغفار .
والتفسير الذى قال به القرطبي يفترض تصورا قلت إنه ليس من احكام الدين
وإنما هو وصف لواقع دولى فى عصر من العصور ألا وهو تقسيم العالم إلى
دار حرب ودار اسلام فضلا على انه فسر الآية على انها خاصة بمن يقدم من دار
الحرب اما القادم من دار العهد أو دار الصلح فلا يدخل فى حكم الآية .
ولا ننسى أن الحكمة من الاجارة فى الآية هى ان يسمع من يمنح الامان —
بحسب التعبير القرآنى — كلام الله « ذلك بأنهم قوم لا يعلمون » . وتلك
ليست هى الغاية من السفارة الدائمة ولا هى القصد الاساسى من استقبال
الدولة الإسلامية لمبعوثى الدول غير الإسلامية . كما إنها لاتقدم سنداً قانونياً
لابتعاث الدولة الإسلامية ممثليها إلى الدول غير الإسلامية . لكل هذا لأرى أن
الاحتجاج بالآية الكريمة يمكن أن يغنى فى البحث عن الشاهد القانونى لنظام
الحضرتين فى صورتيه الانجائية اى الابتعاث ، والسلبية . أى الاستقبال .
واذن فلا بد لنا من التقيب عن اساس آخر .

والجواب عندى استمده من قوله عز وجل « يا ايها الناس إنا خلقناكم من
ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » وذلك أن هذه الآية الكريمة تدل
على الاتى :

أ — . تخاطب الناس دون تمييز فهى تتجه بحكمها إلى الشعوب والقبائل بغض
النظر عن العقيدة .

ب — الخطاب فيها جماعى بمعنى أن الحكم يتصل بعلاقات المجموعات أو
الجماعات والشعوب والقبائل وليس قاصرا على الافراد .

ج — الامر فيها يتطلب من الجماعات أن تتعارف أى ان تدخل فى علاقات يقرها العرف وتقبلها السجية السليمة .

فإذا كان الامر هو ما قدمت فإن مقتضى الآية هو أن الدخول فى علاقات عرفية يعتبر حقا من الحقوق الاساسية للدول ، وتبعاً فإن تبادل السفارة فيما بينها — كوسيلة من وسائل التعارف — هو حق لكل منها ومادام هو حق فإنه واجب ايضا لان الحق والالتزام وجهان لصورة واحدة فكل حق يقابله التزام وكل التزام يقابله حق . ومن ثم فإن النظرية الإسلامية تعتبر ان علاقات الحضرتين ضرورة تفرضها علاقات التعارف وتمنع تبعاً ان تنعزل الدولة الإسلامية عن غيرها من الدول وتأى عليها ان تتوقع على ذاتها فى برج عاجى خاص بها وحدها . ويذكرى قولى هذا أن وظيفة رسول الحضرتين تدور فى إطار العلاقات السلمية التى هى وشائج تعارف الشعوب وتقارب الامم . ويمكن ان اضيف إلى ذلك مسلك الرسول الكريم فيما بعث به من رسل إلى الملوك والحكام المجاورين وأذكره عليه أفضل الصلاة والتسليم فى صلح الحديبية إذ كانت السفارة أدواته فى مهادنة المشركين .

وإذا كان العلى القدير قد اتخذ من سفارة الانبياء واسطة لاقامة السلام بينه وبين عباده فما أخرى عباده بأن يتمثلوا حكمته فتكون السفارة آية من آيات اقرار السلام فيما بين الدول .

والنظرية الإسلامية — فى نظرتها إلى السفارة — تتقبل السفارة بنوعها : السفارة العارضة والسفارة الدائمة . أما السفارة العارضة فركيزتها تستند إلى السنة النبوية وأما السفارة الدائمة فدعاماتها فى احكام الأمان أو الجوار ذلك أن السفير المقيم يعد فى نظرى مستأمناً من نوع خاص أو مجاوراً كما اوضح فى حينه .

أما السفارة بشقيها مقبولة فى احكام الإسلام فإنى ارى سعياً لحسن العرض وبعداً عن الخلط ان اخص المبعوث ذا المهمة المؤقتة بمسمى « الرسول » وأن اطلق على المبعوث المقيم لقب « السفير » ولو أن هذا التخصيص لا يستند إلى المعنى اللغوى ولكنه تخصيص فنى فحسب وأيهما يمكن أن يسمى « شحنة » .

الأساس الفلسفى لنظام الحضرتين :

اجتهد الفقهاء فى البحث عن سند فلسفى لما يتمتع به المبعوثون من حصانات ومزايا وتشعبت آراؤهم فى هذا المجال إلى ثلاث نظريات :

أ — فهناك نظرية امتداد الإقليم ، ومؤداها أن المبعوث يعتبر — بوصفه ممثلاً لشخص رئيس دولته — وكأنه لم يغادر إقليم دولته لأن دار السفارة التى يباشر فيها مهمته هى فى حكم الامتداد لإقليم الدولة التى يمثلها . والغريب أن هذه النظرية لازالت تلقى قبولا لدى الفكر العام العالمى على الرغم مما تثيره من نقد شديد اذ تقوم على محض الافتراض الذى لا يمثل الواقع ويتجافى الحقائق ، ذلك أن تمتع المبعوث بحصاناته لا يعفيه من احترام القوانين المحلية ، وكل ما هنالك أن حصانته قد تحول دون محاسبته على مخالفته للقانون المحلى أمام القضاء المحلى . ثم إن اعتبار السفارة جزءاً من إقليم دولة أخرى يقتضى أن تراعى اجراءات دخول الإقليم الاجنبى والخروج منه — كالتأشيرات مثلاً — فى كل مرة يدخل فيها المرء دار السفارة أو يخرج منها ولذلك فقدت تلك النظرية سندها فى تبرير الحصانات ولو أنها لازالت عالقة بأذهان الجماهير .

وأرى ان هذه النظرية لا تناسب الفكر الإسلامى لاسيما إذا كانت الدار دار بعثة لدولة غير اسلامية لأن الأخذ بهذه النظرية يعنى أننا — فى كل مرة نقبل فيها بعثة لدولة كتائية أو غير كتائية — نقتطع جزءاً من دار الإسلام لنجعلها جزءاً من دار العهد أو الحزب ثم نزيد بأن نضيف على تلك الدار حصانات وامتيازات وكأن دار العهد تتميز تحت ظل السيادة الإسلامية بما لا يضافى على دار الإسلام .

٢ — وهناك نظرية الصفة النيابية ، ومؤداها ان ما يتمتع به المبعوثون من حصانات وامتيازات يستند إلى صفتهم النيابية من حيث أنهم ينوبون عن رؤساء الدول التى يمثلونها . وتقتضى هذه النيابة أن يتوفر للممثل ما يصون كرامته ويعزز هيبة دولته فهو صوت الرئيس الذى ابتعثه . ولكن هذه النظرية تضيق عن تفسير الكثير من جوانب الحصانات والامتيازات الدبلوماسية . فهى مثلاً

لا تفسر لنا كيف أن الممثل الدبلوماسي يتمتع بحصانات لدى دولة غير تلك التي يعتمد عليها . كما تتناقض مع خضوع المبعوث لما قد تفرضه دولة المقر من اجراءات يستدعيها صالحها كحظر استيراد اشياء بعينها .

وفي رأيي ان هذه النظرية لا تنسجم كذلك مع المفاهيم الإسلامية ذلك أن رئيس الدولة قد يكون مهدر الدم عند المسلمين ومع ذلك فإن رسله يتمتعون بالحصانة فلو انهم عوملوا بنياتهم لما أمّنوا على انفسهم . والمثل الواضح هم رسل مسيلمة الكذاب الذين وفدوا على الرسول ﷺ يتفاوضون على اقتسام الأمر بينه وبين مسيلمة . فلو أن مسيلمة حضر بنفسه لكان للرسول ﷺ معه شأن آخر ولكن رسله نالوا الأمان وعادوا سالمين .

٣ — والنظرية الثالثة هي نظرية مقتضيات الوظيفة ، وتبنى هذه الوظيفة على فكرة الضرورة من حيث ان الضرورة هي التي توحى بأن نضفى على الممثلين الدبلوماسيين حصانات وامتيازات توفر لهم في ممارستهم لوظائفهم حدا من الاستقرار والطمأنينة لا تعكره المؤثرات ولا تنفضه الاهواء . وتلك هي النظرية التي لقيت تأييد جمهور الفقهاء لانها اكثر النظريات مسايرة لمنطق الامور واشملها في تقبل مبررات لا تتسع لها النظريتان السالفتان . وقد ارتاحت لجنة القانون الدولي إلى تلك النظرية ف اشارت إلى ذلك في تقرير قدمته بهذا الشأن إلى الجمعية العمومية للامم المتحدة سنة ١٩٥٦ .

وعندى أن هذه النظرية هي اقرب النظريات الثلاث إلى منطق النظرية الإسلامية . ذلك أن القاعدة الاصولية تقرر أن ملائمت الواجب الا به فهو واجب . وقد شرحت فيما تقدم أن قيام الاعراف بين الدول امر تقتضيه الارادة الالهية وتلزم به الآية الكريمة فهو واجب . ولما كانت السفارة وسيلة من أهم وسائل تحقيق تلك الاعراف والسهر عليها . فإن السفارة ايضا واجب وحيث أن نظام الحضرتين لا يزدهر ولا يحقق اغراضه الا إذا توافر له المناخ الملائم ولا يتوفر المناخ الملائم الا اذا ضمن المبعوث قدرا كافيا من الحرية في ممارسته لوظائفه ولا يكون ذلك الا بتقرير حصانات وامتيازات له . ولذا فإن

الحصانات والامتيازات التي توفر ذلك الجو هي مما لا يتم الواجب الا به فهي واجب . وفي قول آخر فإن الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها ممثل الحضرتين انما تستند في النظرية الإسلامية إلى مبرر فلسفي — هي مقتضيات الوظيفة .

ومامت قد انتهت إلى أن مقتضيات الوظيفة هي السند الفلسفي لنظام الحضرتين فإن تلك المقتضيات هي نافذتي التي اطل منها عند تحديد اصحاب الحصانات والامتيازات ومناقشة ما يتمتعون به من حصانات وامتيازات .

مراتب ممثلي الحضرتين :

ظلت الأمور المتعلقة بالصدارة وما يرتبط بها من مسائل من بين النقاط التي طالما اثارت خلافا بين الدول الى ان تم الاتفاق فيما بينها على تصنيف الممثلين الدبلوماسيين وصدرت بذلك معاهدة جماعية (معاهدة فينا سنة ١٨١٥) . ثم جرت مراجعة تلك المعاهدة في معاهدة اخرى ابرمت بفينا ايضا سنة ١٩٨١ .

ويصنف رؤساء البعثات الدبلوماسية — حسبما جاء في العمل الدولي اليوم — في الطبقات التالية :

- ١ — السفراء ، ويعتمدون لدى رؤساء الدول . ويحمل مندوب الكرسى البابوى من هذه الطبقة لقب قاصد رسولى .
- ٢ — المبعوثون والوزراء ، ويعتمدون ايضا لدى رؤساء الدول . ويحمل مندوب الكرسى البابوى من هذه الطبقة لقب نائب قاصد رسولى .
- ٣ — القائمون بالاعمال ، ويعتمدون لدى وزراء الخارجية .

وتتفق الدولتان المعنيتان على طبقة رئيس بعثة كل منهما لدى الآخر . وتسير الممارسة الدولية المعاصرة على عدم التمييز بين رؤساء البعثات بسبب طبقتهم الا فيما يتعلق بمراسم الصدارة . اما فيما يتعلق بممثلي الدول الذين يكونون من طبقة واحدة فإن الصدارة ترتب حسب اقدميتهم في مباشرة وظيفتهم . ويعتبر اقدم هؤلاء الرؤساء هو يعييد السلك الدبلوماسى المعتمد لدى دولة القبول .

وفي تقديرى ان النظرية الإسلامية يمكن أن تتقبل فكرة تصنيف رؤساء البعثات إلى طبقات وذلك استنادا إلى القاعدة الاصولية « كل رسول على مقداره مرسله ». ذلك أن هذه القاعدة تعنى ان كل مرسل له أن يحدد طبقة من يرسله فهو الذى يحدد فى كل حالة مقدار من يريد أن يبعثه والقدر الذى يريد أن يتعامل به مع المرسل اليه . ومن ثم فإن الدولة الإسلامية تملك أن تحدد الطبقة التى تختارها لمن تسفره وأن تتفق تبعا مع دولة القبول على تلك الطبقة .

اما مراسم الصدارة فإن قواعدها — فيما ارى — تختلف فى النظرية الإسلامية عنها فى النظرية المعاصرة . ذلك ان النظرية الإسلامية — فى الظروف العادية — لا تسمح بأن تكون الصدارة لممثل ملك غير مسلم على ممثل ملك مسلم . ومن ثم فإن كافة ممثلى الدول الإسلامية يجب أن تكون لهم الصدارة على ممثلى الدول غير الإسلامية مصداقا لقوله عز وجل « وانتم الاعلون ان كنتم تؤمنون » (آل عمران / ١٣٩) . وتقديم السفارة الإسلامية على السفارة غير الإسلامية لاعتبارات عقائدية امر ينسجم مع المنطق الغربى الذى يسمح حاليا — فى بعض الدول الكاثوليكية — بتقديم ممثلى الكرسي البابوى على ممثلى الدول الاخرى بغض النظر عن أقدمية القاصد الرسول أو نائبه فى ممارسة مهامه الدبلوماسية . أما ممثلو الحضرتين من المسلمين فيمكن اصلا ترتيب صدارتهم طبقا لأقدميتهم فيما بينهم وكذا الامر بالنسبة لممثلى الحضرتين من غير المسلمين فيما بينهم .

وتبعا فإن عميد سلك الحضرتين الإسلامى يعتبر هو عميد سلك الحضرتين جميعه فى دولة القبول الإسلامية لانه يسبق فى الاقدمية الاعتبارية عميد سلك الحضرتين غير الإسلامية وحرى بالذكر أن السفراء العباسيين لدى بيزنطة كانوا يقدمون على غيرهم من السفراء وكانت لهم اسبقية الترتيب على سفراء الدول غير الإسلامية .

تعين واستقبال ممثلى الحضرتين :

جرت العادة عند تعيين الممثل الدبلوماسى على أن تقوم دولة المبعوث

باخطار دولة الاستقبال مقدما باسم الشخص الذى تنتوى ابتعائه حتى إذا مالقى رضاء دولة القبول ابتعثته. والغرض من ذلك هو ضمان توفير جو ملائم يستطيع فيه المبعوث — بفضل وجاهته لدى دولة القبول — أن يحسن ممارسته مهامه . والشخص المرغوب يسمى فى لغة الدبلوماسية *persona grata* (أى شخص حائز للقبول) .

والحق ان العلاقات الإسلامية الكلاسية لم تعرف تقليد الاستئذان المسبق هذا ولعل موقع الاستئذان الحقيقى انما يكون فى السفارة الدائمة وهذا ما لم تمارسه الدول الإسلامية فى باكورة عصرها . ولكن الفلسفة التى تنغياها فكرة الاستئذان لم تغب عن ذهن العرب ألا وهى اختيار من لا يرد من قبل دولة القبول . غير أن العرب استغنوا عن الاستئذان بتحرى الصفات والمواصفات التى ترشح سفيرهم لأن يكون محل القبول ومحط الرضاء . ويحكى التاريخ الإسلامى أن العرب كانوا يسرون فى انتقاء سفرائهم على اختيار المبرزين ممن ظهر فضلهم وزاد علمهم ونضج فهمهم وسما دهاؤهم وعلا قدرهم . ومن تلك النماذج العالية اذكر عمارة بن حمزة الذى انتقاد المنصور رسولا إلى ملك الروم وكان عمارة هذا من الدهاء بمكان لا يجارى (البلدان لابن الفقيه . ص ١٢٧) . والقاضى ابا بكر الباقلانى الذى كان سفيرا لعضد الدولة وقد كان على قدر كبير من جلال القدر وسعة العلم (تاريخ مختصر الدول لابن الطبرى ، ص ٢٩٩) . والقاسم بن يحيى الشهر زورى الذى اختاره صلاح الدين رسولا إلى بغداد وكان قاضى القضاة بها قبل ابتعائه (تاريخ ابن الساعى : ص ١٠٣ — ١٠٤) . وناهيك بما قدمت من رسل ابتعثهم رسول الله ﷺ ومن بعده خلفاؤه الراشدون .

بل ان بعض السفراء كان يجتاز اختبارا قبل تعيينه ضمانا لثمنه بسمات ومواصفات السفارة ، من ذلك ماحدث لعامر بن نرحيل الشعبى وكان من فقهاء الكوفة وعلمائها وحجة فى تاريخ العرب وأنسابهم وأشعارهم فلها وقع عليه اختيار الحجاج ليكون مبعوث الخليفة الاموى عبدالملك بن مروان إلى بيزنطة اختيره الخليفة ليتبين مدى حصافته وعمق فريهته فكشف عن ذكاء

متقد وقدره فائقة وبرز في الاختبار . وقد تحرى العرب في اختيار السفير صفات خلقية وخلقية تبعد به قدر الامكان عن النقائص وتهيئه لحسن اداء مهمته . ويمكن ان أوجز أهم تلك الصفات فيما يلي :

١ — صفات جسمانية فيكون حسن المظهر ليس قميئا ولا ضئيلا . لان الصورة تسبق اللسان والجثمان يستر الجنان وقد عبر عن هذا عمر بن الخطاب بقوله « يؤذن لكم فيقدم أحسنكم اسما فاذا دخلتم قدمننا أحسنكم وجها فاذا نطقتم تزنكم ألسنتكم » (رسل الملوك لابن الفراء ، المرجع السابق ، ص ٢٠) .

ومن اشهر سفراء المسلمين فيما اتصفوا به من رواء المظهر سفير عبد الرحمن الثاني خليفة الاندلس إلى ملك النورمان سنة ٢٣١ هـ (٨٤٥ م) الملقب بالغزال لجمال مظهره وقد أعجبت ملكة النورمان المدعوة « نور » بدعاباته معها وتغزله في حسنها . ولكني لا أقر أن تكون وسيلة السفير المسلم إلى كسب رضاء من يبعث لديهم هي التشبيب بالنساء أو طلب ودهن ايا كانت مناصبهن ، لان السفير لا يجوز له أن يتخذ مما حرم الله سبيلا لقضاء مآربه اللهم الا إذا كان ذلك اضطرارا دون بغى ولا عدوان . والحق ان المسلمين لم يكونوا يتحلون ببهاء المنظر بقدر ما كانوا يتميزون بهيبة الحيا . ومن طريف ما يروى في ذلك انه لما حاصر المسلمون حصن بابليون أرسل المقوقس رسالة إلى عمرو بن العاص قائد جيش المسلمين يفوضه على الصلح فبعث عمرو بعشرة نفر من جنوده بينهم عبادة بن الصامت وكان أسودا مهيبا فوقعت هيئته في نفس المقوقس فلما سمع كلامه أعجب به وأذعن لسفارته .

٢ — صفات خلقية ، إذ يجب أن يكون السفير قد بلغ قدرا من نفاذ الرأي ورجاحة العقل قطننا للطائف الامور يأسر السامع بطلاوة حديثه ويفتنه بخلاصة لفظه ، واسع الحلم متأنيا لا يمضي الرأي الا بعد ترو وتدبير ، امينا لا يخلو بخون مرسله ، حسن الخيلة مداورا متاورا فيما لا يتخطى الخلق الكريم .

٣ — صفات ثقافية يقوى بها في محاوراته ومفاوضاته ويأمن الزلل في أحكامه . وإذا كان العرب قد عنوا بالثقافة العامة في صدر الإسلام في الادب والفرائض والسنن وأحكام القرآن ، فإن ثقافة اليوم يجب أن تمتد إلى نواحي المعرفة الحديثة حتى يستطيع الممثل أن يناظر كلا بما يناسبه . وكان العرب يضيفون إلى ذلك شرط النسيب فيختارون سفراءهم من ذوى الارومة الشريفة وأهل البيوتات الأصيلة لان النبيل لا يصدر عنه الا نبيل . وتلك صفة يمكن ان يزكيها ان الله في تكريمه لسفرائه جعل سفراءه الدائمين من الملائكة « جعل الملائكة رسلا أولى أجنحة »

ريطيب لى أن ازكى فكرة الاخطار المسبق على اساس ان الممثل الدائم للحضرتين — كما ايين في موقعه — هو مستأمن أو جار ، اى انه يدخل دار الإسلام بأمان أو جوار . ولما كان الأمان لا ينفذ اى لا يبدأ الا بعلم المستأمن بايجاب المؤمن عند جمهور الفقهاء ، وبخصول القبول عند الشافعية فإن استمزاج رأى دولة الابتعاث لرأى دولة القبول والحصول منها على موافقة مسبقة ، بابتعاث الممثل هو من قبيل الاستيثاق من ان الامان قد بدأ بالنسبة للممثل مسبقا على توجهه لمقر اقامته في دولة القبول ، هذا اذا كان الممثل مبتعيا من دولة غير اسلامية إلى دولة اسلامية . اما إذا كان مبعوث دولة اسلامية إلى دولة غير اسلامية فإن استئذان الدولة غير الإسلامية قبل توجه المبعوث اليها هو من قبيل الاخذ بالمصالح المرسله لأنه فطنة لجلب المنفعة بتوفير المناخ الملائم لحسن قيام المبعوث بمهمته .

وقد جرت عادة الدولة الإسلامية على أن تزود سفراءها بكتاب صادر على لسان الخليفة يتضمن تعريفا بالسفير وتحديد المهمة ويسأل أولى الأمر في دولة الاستقبال بتسهيل وفادته ويؤكد اعتماده لاداء تلك المهمة . ان هذا الكتاب لسفير ذى مهمة مؤقتة هو الذى يقابل اليوم أوراق الاعتماد التى يحملها سفير ذو مهمة دائمة . كذلك كان السفير يحمل اوراقا تثبت هويته وهى التى تطورت إلى الجواز الدبلوماسى في العرف الدولى المعاصر .

بيد ان كل ما قدمت من حرص في اختيار السفير لم يمنع — بسبب عدم الاستئذان المسبق في تعيينه من أن يعرف تاريخ العلاقات الدولية الإسلامية توفر حالات رد فيها السفير لرغبة دولة الاستقبال عنه لسبب ما ، كأن يكون هناك مثلا نفور بين رئيس دولة الاستقبال وبين السفير. فقد ذكر المقرري أن حدثت اثناء سنة ٥٩٧ وحشة بين الظاهر صاحب حلب وبين عمه العادل فسير الظاهر وزيره علم الدين قيصر اليه : فمنعه العادل أن يعبر إلى القاهرة وأمره ان يقيم ببليس وأن يحمل قاضي ببليس معه فعاد مغضبا (السلوك للمقرري ، ج ١ ، ق ٣ ، ص ١٠٢٢) . .

كذلك يحكى أن محمد شاه وصل بغداد سنة ٥٥٤ ومعه عدة رسل امراء الاطراف طلبا للمقاربة فلما نزلوا بشهر آبان أنفذ من دار الخلافة من استوقفهم هناك ولم يمكنوا من الوصول فأقاموا ثمانية عشر يوما ثم عادوا ولم تسمع رسالتهم . ان هذه السوابق تركى القول بأن النظرة الإسلامية يمكن أن تقبل فكرة الاستئذان المسبق لاسيما مع الصورة الراهنة للدبلوماسية المستقرة التي يتبعث فيها السفير كى يؤدي مهامه على فترة زمنية قد تطول . — ولذا اخلص مما سبق إلى أن على الدولة الإسلامية — إذا أرادت أن تبعث بسفير مقيم — أن تخطر الدولة المضيفة مسبقا وأن تحصل منها على قبول لشخص السفير قبل ان يتوجه لاداء مهمة . وإذا كان الأمر كذلك ، أى مادام ان ارادة دولة الاستقبال هي التي يعول عليها في قبول شخص السفير — فإن ارادتها ايضا هي التي تحدد أجل بقائه .

بقى في تعيين ممثل الحضرتين أن أتساءل هل يجوز للدولة الإسلامية أن تعين مبعوثا غير مسلم ؟ يرى جمهور الفقهاء أن الولايات التي تتصل بأمر العقيدة لايجوز أن يتولاها إلا مسلم (الماوردى — الأحكام السلطانية ، ص ٢٤١) . ويلحق بها تلك المناصب التي يتصف بالخطورة وبأنها من المناصب الرئيسة . وعرف الماوردى تلك المناصب الخطيرة بأنها : تلك التي تتعلق بوضع الخطط

العملية وتوجيه دوائر الحكومة المختلفة وهي ذات المنزلة المهمة الخطيرة » (أبو
الاعلى المودودي — حقوق أهل الذمة في الإسلام دار الفكر بدمشق ، ص
٣٥) . وكان المودودي بذلك يتكلم عن وزارة التفويض فهو يمنعها على غير
المسلم وهو بذلك يكرر ماسبقه اليه الماوردي في احكامه السلطانية . ويجوز —
فيما عدا مأسلفت — أن يولي أهل الذمة أرفع المناصب وأعلاها فيما يتعلق
بإدارة شؤون الدولة فلا يمنع مثلاً الذمي من تولي منصب (المحاسب العام) أو
منصب (ناظر البريد العام) وقيادة الجيوش (المودودي — المرجع السابق ،
ص ٣٥) .

ومن ثم فإن الذمي لا يجوز أن يكون رسولا للدولة الإسلامية في مهمة مؤقتة
ذات طبيعة دينية كأن يبعث كي يمثل الدولة في مناسبة دينية أو الاحتفال بأمر
له سمة دينية أما إذا كانت المهمة غير دينية فإن الدولة الإسلامية تستطيع أن
تبعث رسولا من أهل الذمة (أو أهل الكتاب كما أفضل تسميتهم) كتقديم
العزاء مثلاً في وفاة رئيس دولة غير إسلامية .

ولكن هل تعتبر السفارة الدائمة من بين المسائل الخطيرة التي لايجوز لكتابي
أن يتولاها ؟ القول عندي إن السفارة الدائمة تأخذ بحكم وزارة التنفيذ لأن
السفير يقوم بتنفيذ سياسة دولته ويسير على تعليماتها فهو منفذ لاوامرها
وتوجيهاتها . أما إذا فوض في اتيان تصرف معين فإننا ننظر في الأمر — على
هدى من القاعدة السابقة — فإن كان أمراً له جانبه الديني الإسلامي فلا
يفوض فيه .

كذلك فإن السفارة وإن كانت في نظري تعادل وزارة التنفيذ إلا أنني
لا أرى مناسبا أن يكون سفير الدولة الإسلامية لدى دولة إسلامية أخرى
كتايبا لأن علاقة هاتين الدولتين بعضهما البعض الآخر لأبد أن تنطوي على
بعض الشؤون الدينية التي تجعل سفارة غير المسلم ليست مؤهلة لأن تؤدي
ماهو مرجو من وراء السفارة في توطيد العلاقات وتسوية الخلافات .

ومن ثم فإننى اخلص مما سبق إلى جواز تعيين الكتائب رسولا في مهمات ليست لها طابع ديني كما يجوز تعيينه سفيرا لدى دولة غير اسلامية على ألا يفوض بما قد يفوض به السفراء عادة الا فيما لاصلة له بشئون الدين .

وقد ذم المولى عز وجل السفير الذي تفشل رسالته وتخيب وفادته فقال سبحانه وتعالى « وضرب الله مثلا رجلين أحدهما أبكم لا يقدر على شيء وهو كل على مولاه أينما يوجهه لا يأت بخير هل يستوى ومن يأمر بالعدل وهو على صراط مستقيم » (التمل / ٧٦) . وأستطيع على هدى مما اسلفت أن اقول إن الاستشارة المتبادلة بين الدول مسبقا على تعيين السفراء هي من الامور التي تتسق مع مفاهيم النظرية الإسلامية وتجاري . هاسارت عليه دولة الإسلام فلا فرق عندي — عند اختيار السفير — بين تحري نجاح سفارته عن طريق توخي صفات معينة ترجح ذلك النجاح وبين تحريه عن طريق استمزاز رأى من سيعث اليه ليعرف رأيه فيه بل إن الاستئذان هو الاجراء الأضمن الذي يمكن أن نتوقع معه نجاح السفارة . ويزكي هذا الرأى أن هناك — كما اسلفت — حالات رفض فيها استقبال السفير هذا عن التعيين — أما عن الاستقبال فإن هذا عن التعيين — أما عن الاستقبال فإن العادات المعاصرة تجرى على أن يتسم بمظاهر الحفاوة والتكريم إذ يقام عادة حفل رسمي يستعرض فيه السفير فرقة شرف وهو في صحبة مدير المراسم الذي يتقدمه إلى الصالة التي يقف فيها رئيس الدولة مع وزير الخارجية وكبير الامناء حيث يقوم السفير بتقديم تحيات رئيس دولته ثم يرفع أوراق اعتماده التي يتسلمها رئيس دولة الاستقبال ثم يناولها إلى كبير الامناء .

والحق أن هذه المراسم لا تخرج في معناها ومظهرها العام عما كان يحدث في عهد الرسول ﷺ فقد كان هناك مسئول عن المراسم يشرح للسفير القادم — قبل مثوله بين يدي رسول الله — مايتوجب عليه مراعاته (سيرة ابن هشام ، ص ٩١٦) وكانت عادة الرسول ﷺ أن يستقبل من يقدم عليه من السفراء في مكان بالجامع الكبير تقف في موقعه اليوم اسطوانة تسمى « اسطوانة الوفود » تخليدا لتلك الذكرى الكريمة . وكان يحف به كبار الصحابة والكل في

أبهة من المظهر والملبس . ولكن هذه البساطة التي كانت تتسم بها مراسم الاستقبال في عهد الرسول الكريم انقلبت إلى مراسم تتسم بالبهاء الذي يخطف الابصار والزينة التي تلقف الانفاس لاسيما في العصر العباسي . وأين لرسول الروم الذي قدم على عمير فوجده يستظل بشجرة ينام تحتها ممرأى في عهد المقتدر بالله العباسي ببغداد مما تقصر عن وصفه الأقلام وتتقاصر دونه العبارات . ويصف الخطيب البغدادي ذلك الاستقبال فيقول « ان المقتدر امر بحبس رسل ملك الروم في تكريت حتى فرغ من تزيين قصره وترتيب آتته فيه . ثم صف العسكر من دار صاعد التي انزلوا فيها إلى دار الخلافة . وكان عدد الجيش مائة وستين ألف فارس وراجل . فسارت الرسل بينهم إلى ان بلغوا الدار . وكانوا يطأون الفرش والبسط وكانت اسواق الجانب الشرق وشوارعه وسطوحه ومسالكه مملوءة بالنظارة وفي دجلة الشذاءات والطيارات والزبازب والسميريات والزلاجات بأفضل زينة إلى الدار . وكانت الدار قد امتلأت بالفرش الجميلة وزينت بالآلات الخلية ورتب الحجاج وخلفاؤهم والحواشي على طبقاتهم صفين بالثياب الحسنة تحتها الدواب بمراكب الذهب والفضة ، بين ايديهم السجائب على مثل هذه الصورة . وقد أظهروا العدد الكثيرة والاسلحة المختلفة فكانوا من اعلى باب الشماسية وإلى قريب من دار الخلافة ، وبعدهم الغلمان بالبزة والسيوف والمناطق المحلاة . ودخل الرسول فرأى الحاجب فظن أنه الخليفة وتداخله له هيبة وروعة حتى قيل انه الحاجب ، ودخل بعد ذلك الدار التي كانت يرسم الوزير ابن الفرات فرأى اكثر مما رآه لنصر الحاجة فلم يشك أنه الخليفة ، فقيل له إنه الوزير ثم جلس بين دجلة والبساتين في مجلس حسن ، ثم استدعى إلى حضرة المقتدر وهو جالس في قصر التاج بعد أن لبس الثياب الديقية المطرزة بالذهب على سرير من أبنوس قد فرش بالديقي الذهب وعلى رأسه الطويلة ومن يمينه . السرير تسعة عقود مثل المسبح معلقة : ومن يسرته تسعة اخرى من افخر الجواهر واعظمها قيمة غلب ضوءها على ضوء النهار ، وبين يديه خمسة من ولده ثلاثة يمينه واثنان يسرى فقبل الرسول وترجمانه الارض بين يدي المقتدر . فوقفا استوقفهما وأديا اليه برسالة صاحبهما

[illegible]

المسلمين يخضع للقانون شأنه في ذلك شأن الفرد العادي . وقد استمع الرسول لدعاوى رفعت ضده بقصد الاقتصاص أو التعويض .

غير أن رئيس الدولة الذي يخضع لقضائه المحلى يتمتع بحصانة حيال القضاء الأجنبي، وذلك فيما يصدر عنه بصفته الرسمية Seif el Wady Rohmani-Studies ; in Internaional Law and Diplomatic, Tokyo, 1980, p. 72,

(الرحمان ، المرجع السابق ، ص ٧٢) ، ويبدو أن ذلك مرجعه تحقيق المساواة بين الدول فلا يخضع رئيس دولة لقضاء دولة أخرى في ممارسته لمهامه وإلا كان ذلك انتهاكا لتلك المساواة وهنا لأرى خلافا بين النظرية الإسلامية والنظرية المعاصرة التي لا تسقط الحصانة عن رئيس الدولة الا في حالات محددة منها نشاطه التجاري الخاص .

ان تلك الحصانة تثير في ذهني بعض المشكلات الطريفة التي لا يتطرق اليها القانون الدولي المعاصر . فلو أخذنا سابقة الى بكر عندما كان يتكسب قوته له في اوائل عهده بالخلافة إذ يمارس التجارة في سبيل ذلك . فإن السؤال يثور هنا هل يعتبر هذا النشاط على الرغم من انه نشاط تجارى في ظاهره — مما يدخل في ممارسة الوظيفة الرسمية وتبعاً فهو يندرج تحت احكام الحصانة — أم ان نشاط خاص لا يعفى ولى الامر من الخضوع للقضاء الاجنبى . ان القول هو أن هذا النشاط — وان كان تجارياً الا انه مرتبط بالوظيفة لانه يرتبط بتحقيق دخل لولى الامر يغنيه عن ان يقتضى راتباً من بيت المال المسلمين ومن ثم فهو نشاط له سمته الخاصة ولا ارى انه يعامل معاملة النشاط التجارى العادى وتبعاً فان ولى امر المسلمين يتمتع بحصانة قضائية حيال الاختصاص الاجنبى فيما يتعلق بذلك النشاط لان الفرض العكسى قد يترتب عليه حرمان ولى امر المسلمين من دخله أو راتبه وتبعاً المساس بحريته التي يجب أن تتوفر له استناداً الى مبدأ المساواة كما قدمت . وقد يبدو رأيي هذا غريباً على الفكر المعاصر لان تصور المشكلة بعيد عن أن يتقبله الذهن الغربى وتبعاً فكما أن المشكلة تبدو ناشازاً بالقياس إلى المفاهيم الغربية على الرغم من أنها اعتادت

على أن يغرق رؤساء الدول الغربية في نشاط تجارى وعقد صفقات خاصة تجلب عليهم الأرباح الطائلة وتحقق لهم المكاسب الهائلة الأمر الذى يقف على طرف نقيض من السوابق الإسلامية التى عرفت خليفة يحلب شاة كى يقتضى دريهمات يقيم بها أوده وأميرا للمؤمنين يفترض البيداء طلبا للراحة .

أعود الآن إلى تحديد من تنصرف اليهم الحصانات والامتيازات . وقد يكون من المناسب هنا أن أقول إن نفرا من الفقه — وأنا على نهجهم — يفرقون بين الحصانات والامتيازات ، فالحصانات قواعد مانعة تضيق من الاختصاص القضائى لدولة القبول ، أما الامتيازات — أى المجاملات الإيجابية — فهى الحقوق التى تضى على ممثلى الحضرتين تجاوزا لما يمنحه القانون الوطنى عادة — وأبدأ بالحصانات .

قلت من قبل إن مبرر الحصانات يعود إلى المبدأ الأصولى الذى يقضى بأن مالا يتم الواجب الا به فهو واجب ، وما أقرب هذا المبدأ من المبدأ المعاصر المتعلق بالسلطات المضمرة . فاذا انطلقت من هذا المبدأ لتحديد من هو الذى يتمتع بالحصانات أقول إن كل من يلزم للقيام بالسفارة ونجاح البعثة يستأهل تلك الحصانة . ولذا فإن الحصانة فى النظرية الإسلامية تشمل حاشية السفير واتباعه على اختلاف مراتبهم بما فى ذلك الخدم لان اية اهانة أو إعاقة توجه اليهم تعتبر كأنها موجهة إلى السفير نفسه . بيد ان هذا التعميم يحتاج إلى تفصيل وبيان .

وأول من لا يتم واجب السفارة إلا بهم هم بلا شك رؤساء البعثات الدبلوماسية ايا كانت طبقتهم . فهل يسرى ذلك ايضا على باقى موظفى البعثة ؟ ان موظفى البعثة يمكن تقسيمهم — حسب العرف الحارى — إلى فئات أتناولها واحدة بعد الاخرى لمعرفة وضعها من المبدأ .

١ — ممثلو الحضرتين ممن هم دون طبقة رئيس البعثة (الشحنة) . وهؤلاء فى تقديرى يتمتعون بما يتمتع به رئيس البعثة لان دورهم فى البعثة مرتبط بدور رئيس البعثة ومكمل له . ولعل الفرق الرئيسى بين الرئيس وباقى معاونيه هو أن حصانة الرئيس لا ترفع إلا بموافقة دولته اما حصانة الباقين فترفع باذن من رئيس البعثة .

وجدير بالذكر ان معاهدة فينا بشأن الحصانات الدبلوماسية تقرر ان
« ١ — لا يتمتع المبعوث الذى يكون من مواطنى الدولة المعتمد لديها أو المقيم
فيها اقامة دائمة الا بالحصانة القضائية وبالحرمة الشخصية بالنسبة إلى الاعمال
الرسمية التى يقوم بها بمناسبة ممارسة وظائفه وذلك مالم تمنحه الدولة المعتمد
لديها امتيازات وحصانات اضافية » . (م ٣٨ / ١) ، وعندى أن النظرية
الإسلامية يمكن أن تتسع لهذا الحكم ذلك أن الفقه الإسلامى موزع بين نظرية
شخصية القوانين ونظرية اقليمية القوانين فهناك من الفقهاء من يؤيدون النظرية
الأولى (الحنفية) ، ومنهم من ينادى بالنظرية الثانية (مذهب الجمهور) .
وان كنت أرجح أن ممثل الدولة غير الإسلامية له أن يتمتع بالحصانات
والامتيازات حتى ولو كان مسلما قياسا على سابقة الرسول مع أبى رافع
مبعوث قريش فقد رده الرسول إلى قريش على الرغم من أنه أعلن اسلامه
بمجرد رؤية الرسول ﷺ وقال « انى لأخيث بالعهد ولا احبس البرود (أبى
الرسول) » . ذلك أن أبى رافع باسلامه أصبح مواطن دولة الإسلام ولكنه لم
يطبق عليه قانون دولة الإسلام فحماه بل تمسك الرسول بعهدده مع قريش
والتزمه بأعراف نظام الحضرتين. وبدهى ان هذا ان صبح فان الدولة الإسلامية
تتوقع معاملة بالمثل .

كذلك ان قوانين بعض الدول تفرق — من حيث الحصانات — بين كبار
الحضرتين فتضفى عليهم الحصانات وبين صغارهم فتمنعها عليهم . والرأى
عندى ان هذه التفرقة لاتستقيم مع منطق النظرية الإسلامية الا على أساس
المعاملة بالمثل ، لان حصانة السفراء والرسول تقوم — كما اسلفت — على ان
ذمة هؤلاء واجبة لتحقيق العلاقات السلمية ، ولما كان ممثلوا الحضرتين — على
خلاف مراتبهم — يعتبرون من وسائل تحقيق تلك الغاية فإن حرمان
بعضهم — أيا كانت مهمته مادامت لازمة — من الحصانات هو أمر لا يستقيم
مع الحكمة من اقرار الحصانات . وإذا كانت النظرية الإسلامية تفرض إجارة
المشارك وابلاغه مأمنه فإن حصانة المبعوث — بغض النظر عن مرتبته — تكون
أولى .

٢ — الموظفون الاداريون والفنيون ، وضرورة هؤلاء للبعثة انما تكون في حدود ما يؤدونه من أعمال ادارية وفنية اى ان نشاطهم الرسمي هو وحده الذى يدخل في حكم مالا يتم الواجب إلا به . ولذا فإن النظرية الإسلامية تتفق مع النظرية المعاصرة — والتي أكدها وفاق فينا بشأن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية — في أن حصانة هذا الفريق انما تكون في نطاق أعمالهم الرسمية .

٣ — الملحقون الفنيون ، كالملحق التجاري والملحق الثقافي والملحق العسكري ، وهكذا . ويختلف هؤلاء عن الفئة السابقة في أن الموظفين الاداريين والفنيين . تبتعثهم الدولة للقيام بما تحتاجه البعثة من أعمال ادارية وفنية اما الملحقون فتبتعثهم جهاتهم ليشرفوا على نشاط تلك الجهات في الدول الاجنبية . فالملحق الثقافي مثلا يشرف على نشاط من تبتعثهم وزارة التعليم للدراسة في الدولة التي يوجه اليها . ويلحق هؤلاء بالبعثة من الناحية الادارية سعيا وراء تنسيق النشاط وانخضاعه لاشراف موحد . ويختلف العمل الدولي في معاملة هؤلاء الملحقين . فهناك من الدول من لاتقر لهؤلاء بحصانات ومنها من تقر لهم بحصانات . والحق عندى أن مهمة هؤلاء بعيدة عن المهمة التي يؤديها مبعوث الحضرتين ولا تعتبر لازمة لكي يحقق المبعوث رسالته ، ومن ثم فإن هؤلاء لا يندرجون تحت القاعدة العامة اى انهم ليسوا بما لا يتم الواجب الا بهم . ولذا ارى أن الدولة الإسلامية مخيرة بين أن تضيف عليهم الحصانات وبين أن تحرمهم تلك الحصانات ، وقد تحدد من هذا الاختيار المعاملة بالمثل بمعنى أن الدولة الإسلامية تعامل هؤلاء الملحقين بمثل مايعامل به ملحقوها لدى الدولة الاجنبية المعنية .

بقى أن نتكلم — في تحديد الفئات التي تتمتع بالحصانات — عن فئتين : أسرة المبعوث وخدمه . ويقصد بأسرة المبعوث زوجته ومن يعولهم من الأبناء والاقارب . ويذهب جمهور الفقه المعاصر إلى أن منح عائلة المبعوث حصانات كاملة أمر يصعب تبريره بمقتضيات وظيفة المبعوث . ولكنى أرى أن الوضع يجب أن يختلف في النظرية الإسلامية لان العائل طبقا لاحكام الشريعة

الإسلامية — راع للأسرة وكل راع مسئول عن رعيته . ولا شك أن التضامن الأسرى في الشريعة الإسلامية يختلف قوة وترابطا عنه في المفاهيم الغربية . ولذا قد يصعب على الفقيه الغربى ان يربط بين توفير الحرية للمبعوث في أداء مهامه وبين مسئوليته عن أسرته ، اما الفقيه الإسلامى فيصعب عليه ان يرى العكس فالأسرة في مفهومه وحدة متماسكة ومسئولية رب الأسرة عن أسرته تمثل جزءا رئيسا من تفكيره ونشاطه . ولذا فإنى ازكى القول بأن حصانات ممثل الحضرتين تنصرف كاملة إلى افراد أسرته الذين يعولهم . وذلك قول يتفق مع ما تجرى عليه بعض الدول اليوم مثل الولايات المتحدة الأمريكية ، بل ان قضاء النقض الفرنسى قرر في حكم له ان حصانة الزوجة تمتد إلى دين اقترضته قبل أن تقترن بالمبعوث .

ولكن وضع الأسرة الإسلامية يدعو إلى التساؤل عن حكم الزوجة بالنسبة للمبعوث الذى تعدد زوجاته ، ذلك أن قوانين كثير من البلاد الغربية تعتبر ان تعدد الزوجات جريمة يعاقب عليها القانون . والقول عندى ان دولة القبول يجب ان تغض الطرف عن هذا التعدد لان صاحبه يمارسه طبقا لإباحة تسمح بها عقيدته ، فهو لا يعتمد انتهاك قوانين دولة القبول لا سيما وأن أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية تعتبر في جوهرها من النظام العام الإسلامى بحيث ان حرمان المسلم اصلا من حق تعدد الزوجات يعتبر حرمانا له من حق من الحقوق الاساسية . ثم ان المبعوث إذا كان رئيسا للبعثة وتعددت زوجاته قبل الابتعاث فان قبول دولة الاستقبال له هو قبول ضمنى لوضعه الاجتماعى . ولذا أرى ان للزوجات — ان تعددت — الحق فى ان يتمتعن بالحصانة بيد أنه يجوز لدولة الاستقبال ان تطلب اليه فى أمور المراسم الا يصطحب الا زوجة واحدة ، وهنا يكون على المبعوث ان يعدل فيوزع المناسبات على زوجاته . وقد يغنى عن كل ذلك ان تتحرى الدولة الإسلامية عند ابتعاث ممثليها فلا تختار من تعدد زوجاته لدولة يحرم قانونها هذا التعدد .

كذلك لا أرى مانعا إذا تعددت زوجات الممثل بعد أن اعتمد لدى دولة القبول التى يمنع قانونها من أن تعتبر دولة الاستقبال أن ذلك، التعدد يجعل من

المبعوث شخصاً غير مرغوب فيه *persona non grata* وأن تطلب من دولة الابتعاث استبداله .

ويمكن أن اضيف ان النظرية الإسلامية تقر — في شأن اسرة الدبلوماسي — مايسير عليه العمل في بعض الدول مثل بريطانيا إذ تدخل في اسرة الدبلوماسي اشخاصا تتوافر فيهم أوصاف معينة في ظروف معينة . ويجتمع هؤلاء تحت ثلاث فئات :

أ — أولئك الذين يلتزم ممثل الحضرتين اجتماعيا حيالهم بواجب الضيافة شأن اخته غير المتزوجة أو ابنته الارملة .

ب — والد ممثل الحضرتين إذا كان يقيم معه اقامة دائمة ولا عمل له .

ج — الابن البالغ الذي لا يعمل له إذا كان يقيم معه اقامة دائمة . وبكفى هنا ان تكون الاقامة الدائمة هي وقت العطلة الدراسية إذا كان الابن طالبا .

ولا أرى أن م ٣٧ من وفاق فينا بشأن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية تبعد عن النظرة الإسلامية في خصوص حصانة الاسرة وهي تنص على أن ١ هـ — يتمتع أفراد عائلة الممثل الدبلوماسي من أهل بيته إذا لم يكونوا من مواطني الدولة المعتمد لديها بالامتيازات والحصانات المنصوص عليها في المواد ٢٩ — ٣٦ . وهذا يترك الباب مفتوحا امام احتمال ألا يتمتع افراد اسرة ممثل الحضرتين ممن يكونون من جنسية الدولة المضيضة — بأية حصانات على الاطلاق . ان هذا التحفظ لايتعارض مع النظرية الإسلامية حيث يختلف الفقهاء المسلمين — كما أسلفت — حول تطبيق القوانين وهل تكون شخصية ام اقليمية فذهب الحنفية إلى مايتفق مع مبدأ اقليمية سيادة الدولة وذهب الجمهور إلى مايتفق مع مبدأ شخصية القوانين . بيد أن من ساروا على نمط شخصية القوانين يرون أن المستأمن والمعاهد يلتزم في دار الإسلام بأحكام الشريعة الإسلامية التي التزمها بالعهد في المعاملات والجنايات . ومن ثم فإن الامر متروك لتقدير الدولة فيما تراه مجحفا لمصلحتها ، فإن ذهبت إلى اخضاع

مواطنيها لأحكام قوانينها ولو كانوا من أسرة تمثل الحضرتين فإن استهزاء لا يجازيها
النظرية الإسلامية .

أما الخدم فالغالب أن يتمتعوا بالحصانات التي يتمتع بها المثل ولكن بعض الدول
كبريطانيا - تقصر حصانة الخدم على الحالات التي تتعلق براحة الممثل بمعنى
أنه لا تجوز مقاضاة الخدم فقط إذا ترتب على تلك المقاضاة اختلال بالهدوء
والاستقرار الذي يجب أن يتوفر للممثل في حياته الخاصة . وتسمح اتفاقية فيينا
للخدم بالحصانة التي يقرها لهم القانون المحلي ، وتبعا فإن الاختصاص هو أن يتمتع
سائق الممثل وطباخه بالحصانات على القول الغالب في الحقيقة والعقل الدوليين .

نجد في رأيي عندي أن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل هذه الأفكار من حيث
المبدأ وفي قول آخر فإن تمتع الخدم بالحصانات ليس مما يحافي أحكام النظرية
الإسلامية مادام أن خدمات الخادم المعنى ضرورة لحسن قيام المبعوث بمهامه .

ولذا فإن منح الخادم الحصانة أو عدم منحها إنما يستند إلى وقائع كل حالة
بحالتها . أي أن تطبيق الحكم - فيما أرى - يتوقف على ظروف كل مبعوث
واستيضاح مدى حاجته لخدمات خدام بذاته . ولو أن من الفقهاء من يرى أن
الحصانة تنصرف إلى هؤلاء بدعوى أنهم يمثلون المبعوث ، أو القول بهذا الرأي على
أنه حكم مطلق ملزم يفترق إلى التفتق لأنه يقوم على حجة عوجاء هي نظرية
النيابة بين المبعوث وخدامه .

فلما تقدمت لا يبعد كثيرا عما قال به بعض الفقهاء المسلمين من أن حكم
الإيمان يشمل نفس المستأمن وأولاده الصغار وزوجته والام والخدمة والخدام
لأنه كانوا جميعا المستأمن وقت الإشارة إلى الإيمان . (الزجيل - المرجع السابق
في ١٩٠١) نقل عن مخطوط طرابلس الأنوار للسيد الحنفى في ٨ ق ، ٤٩
في ١٩٠١ . ومما لا يخفى على من يتفحص في هذا الباب من أن هذا القول يقتضيه
ذلك شأنه من الحصانات ، سواء أكانت امتيازات الفقيهات النظريتين الإسلامية والغربية
تتمتعان بالتساوي فلا يخفى ، الذي استقيم لكل جنس من جنسها في الأمان هو المعاملة بالمثل ،
والمعاملة بالمثل مبدأ مقرر في الإسلام .

نطاق الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها ممثلو الحضرتين ومن يلحق بهم :

يذهب جمهور الفقهاء — في بيان مدى ما يتمتع به ممثل الحضرتين من حصانات وامتيازات — الى الاعتماد على سابقة الرسول ﷺ مع رسول مسيلمة الكذاب ، ذلك أن مسيلمة بن حبيب كتب إلى رسول الله في السنة العاشرة من الهجرة كتابا رفعه مع ممثلين له يقول فيه « من مسيلمة رسول الله إلى محمد رسول الله . سلام عليك ، فإنني قد أشركت في الأمر معك ، وأن لنا نصف الأرض ولقريش نصف الأرض ، ولكن قریش قوم يعتدون » فلما قدم الرسول على رسول الله بهذا الكتاب سألهما حين قرأ الكتاب : فما تقولان أنما ؟ قالا : نقول كما قال . فقال محمد ﷺ « أما والله لو أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما » ثم كتب إلى مسيلمة قائلاً « بسم الله الرحمن الرحيم ، من محمد رسول الله إلى مسيلمة الكذاب . سلام على من اتبع الهدى ، أما بعد فإن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين » (تاريخ الطبري — طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٢٠٣ — ٢٠٤) .

ولكنني أرى ان هذه السابقة لا تكفي في معالجة مانحن بصددده ، فهي تحكى سفارة عارضة حضر صاحبها لمهمة محددة وانتهت بانتفاء المهمة . فلو أنها حصلت من سفير مقيم لكان للرسول ﷺ معه شأن آخر. وحتى لو قلنا إن الاستفادة من قول رسول الله هو تقرير مبدأ عام يقضى بعدم قتل المبعوث — بغض النظر عن طبيعة مهمته — مؤقتة أم دائمة — فإننا انما نسوق بذلك دليلاً على تقرير بعض الحصانات — وهي حرمة المبعوث وحصانته الجنائية — دون الحصانات الأخرى المدنية والإدارية . ولذا يلزم في تقديري أن نبحث عن أساس آخر نستهديه في تقرير مزيد من الحصانات لمبعوث الحضرتين . وقد يكون من الأجدي أن ناقش الأمر في ثلاثة فروض :

١ — إذا كان المبعوث يمثل دولة غير إسلامية لدى دولة إسلامية . ان هذا المبعوث القادم للإقامة في دار الإسلام لابد له من أمان كي يدخل إقليم الدولة الإسلامية ، وهو بالأمان يصبح مستأمنًا ووصف المستأمن في النظرية الإسلامية

يقابل وصف الاجنبى فى المفهوم المعاصر . والامان هو عهد من المؤمن حاكما كان أو فردا بتوفير الامن والطمأنينة لشخص أو اكثر كأهل قرية أو اقليم أو مهمة شعب دولة ويحرم بالامان القتل وأخذ الاموال ولا يجوز فرض الجزية على المستأمن لان ذلك يعد عذرا والقدر حرام . بيد أن الأمان هنا يجب أن يكون من الدولة الإسلامية لانه فى الحقيقة امان للدولة غير الإسلامية لتأكيد وتوطيد علاقات السلام بينهما وانما ينصرف حكمه إلى ممثل تلك الدولة بوصف انه أداة تدعيم تلك العلاقات .

رب قائل يقول ان الفقهاء أجازوا أن يدخل الرسول بلاد المسلمين دون حاجة إلى عقد امان ولذا قالوا إن الولاة إذا مالقوا رسولا يسألونه عن اسمه فان قال انا رسول الملك بعثنى إلى ملك العرب وهذا الكتاب معى ومامعى من الدواب والمتع والرقيق فهديه له فإنه يصدق ولا سبيل عليه ولا يتعرض احد لما معه : من المتاع والسلاح والرقيق والمال . وأنا أقول إن هذا الحكم مبنى على واقع الرسالة فى سابق الزمان عندما كان صاحبها يقدم لأمر عاجل ثم يعود اما السفارة التى تمتد لفترة فكان لابد فيها من أمان فما بال الأمر ونحن نتكلم عن سفارة بلا أمد محدود . واذن فما هو السند الشرعى السليم لخصائص وامتيازات ممثل الحضرتين فى هذا الغرض ؟

إن أول ما يتبادر إلى الذهن هو أن نعتبر أن مبعوث الحضرتين مستأمن من نوع خاص بمعنى أن حكم الامان بالنسبة له يزيد قوة وضمانا عن الامان بالنسبة لغيره من الناس ، وتميز الامان الذى يعطى لمبعوث الحضرتين عن غيره من صور الامان يرجع أولا إلى أنه أمان عام وتبعاً فإن ولى امر المسلمين يملك أن يدرج فيه ما يراه محققا لصالح المسلمين ، ثم ان السوابق النبوية والآراء الفقهية تزكى هذا التميز ومن هذا المنطلق فاني اختار أكثر الآراء الفقهية ملائمة لمقصود السفارة الدائمة وأقر بها لتحقيق مبتغى البعثة المستقرة مادام اننى لأقصد الامان هنا بمعناه التقليدى وهو رفع استباحة دم الحرى ورقه وماله حين قتاله أو الغرم عليه مع استقراره تحت حكم الإسلام لفترة ما وإنما أقصد بعض هذا والمزيد .

بيد أنني أميل إلى الأخذ بمدرك الجوار كأساس الحصانات وامتيازات ممثل
الحضرتين الذي تتبعته دولة غير إسلامية ليكون سفيرا مقيما لها في دولة
إسلامية ، وأفضل ذلك على الأخذ بمدرك الأمان ذي الطبيعة الخاصة الذي
ألحت إليه .

وللجوار معنيان :

- (١) معنى تعبدى وهو الاعتكاف في المسجد . وفي الحديث أنه كان يجاور
في العشر الأواخر من رمضان أى يعتكف فأما المجاورة بمكة والمدينة
فيراد بها المقام مسلطا غير ملتزم بشرائط الاعتكاف الشرعية .
- (٢) ومعنى زمنى وهو مصدر مجاور بمعنى العهد والأمان وأن تغطي الرجل
ذمة فيكون بها جارك فتجيره وتقول العرب وهو فى جوارى
أى فى عهدي وأمانى ، وجاور بنى فلان ومنهم مجاورة وجوارا تحرم
بجوارهم .

والمعنى الزمنى هو الذى أقصد إليه عندما أقول إن ممثل الحضرتين يعتبر جارا
ودولة الضيافة هى المجير أى هى التى تمنعه وتجيّره .
وقد استلمحت فكرة الجوار وفضلتها على مدرك الأمان فى تفسير حصانات
وامتيازات ممثل الحضرتين لاعتبارين :

الأول : هو أننا نتكلم عن حصانات وامتيازات السفارات الدائمة والممثل
المقيم ، وفى الجوار معنى المساكنة والإقامة المستمرة ولذا يقال إن الجار هو من
يجاورك بيت بيت ، والجارة هى الضرة من المجاورة بينهما وفى حديث أم زرع
ملء كسائها وغيط جارتها . وفى حديث عمر قال لحفصة لا يغرك أن كانت
جارتك هى أوسم وأحب إلى رسول الله ﷺ منك يعنى عائشة .

والثانى : أن الجوار فيه أيضا معنى الذمة والعهد فالجوار يفرض على المجير أن
يجير الجار ويؤمنه والجار والمجير والمعين واحد . وهو سبحانه يجير ولا يجار عليه
أى يعين . وعنه حديث الدعاء : كما تحير بين البحور أى تفصل بينهما وتمنع
أحدهما من الاختلاط بالآخر والبغى عليه .

وفي التنزيل الكريم « . وإذ زين لهم الشيطان أعمالهم وقال لا غالب لكم اليوم من الناس وأنا جار لكم » (الانفال / ٤٨) قال الفراء هذا ابليس تمثّل في صورة رجل من كنانة قال وقوله : إني جار لكم أريد أن أجيركم أي إلى مجيركم ومعيدكم من قومي بني كنانة فلا يعرضون لكم (لسان العرب لابن منظور — اعداد يوسف خياط ، ج ١ ، ص ٥٣٠) .

والجيران ثلاثة : جار له ثلاثة حقوق : حق الجوار وحق القرابة وحق الإسلام وجار له حقان : حق الجوار وحق الإسلام وجار له حق واحد وهو حق الجوار وهو المشرك من أهل الكتاب .

وبدهى أن ممثّل الحضرتين الذي يمثّل حضرة مسلمة لدى حضرة منسجمة هو الجار الذي له حقان : حق الجوار وحق الإسلام . أما ممثّل حضرة بخالفة لدى حضرة إسلامية فجار له حق واحد وهو الجوار . ويمثّل الحضرتين يعد من قبيل الجار النفيح أو الجار الجنب .

والجار النفيح هو الذي يدخل بين القوم ويسلم بينهم ويصلح أمرهم ، وتلك مهمة الممثّل . والجار الجنب هو أيضا في هذا المعنى أي الجار الذي له مناسِب فيجىء اليه ويسأله أن يمجّره أن يمنعه فينزل معه ، فهذا الجار الجنب له حرمة نزوله في جواره ومنعته وركونه إلى أمانه وعهوده (لسان العرب / المرجع السابق ، ص ٥٣٠) .

وسنبدى في تكييف المركز القانوني لممثّل الحضرتين بأنه جوار بالمعنى السالف هو من الحديث والقرآن الكريم . أما الحديث فهو قوله نصا في الأمان ويخير عليهم ادناهم أي إذا أجاز واحد من المسلمين حرا أو عبدا أو امرأة واحدا أو جماعة من الكفار وخفرهم وأمنهم جاز ذلك على جميع المسلمين لا ينقص عليه جواره وأمانه . قد يقال إن هذا الحديث في أمان المسلم ولكنني أرد على ذلك بأن اللفظ الذي استخدمه الحديث هو الجوار ومن ثم فإني فضلت المصطلح في هذا المقام على مصطلح الأمان حتى أفرق بين المركز القانوني لممثّل الحضرتين الذي يأتي في مهمة مؤقتة أو مهمة عارضة وهذا هو المستأمن وبين ممثّل الحضرتين الذي يتعث في مهمة دائمة وسفارة مستقرة فهذا هو الجار .

والآية الكريمة هي قوله تعالى « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » (التوبة / ٦) . قال الزجاج المعنى إن طلب منك أحد من أهل الحرب أن تخرجه من القتل إلى أن يسمع كلام الله فأجره إلى أمنه وعرفه ما يجب عليه أن يعرفه من أمر الله تعالى الذى يتبين به الإسلام ثم أبلغه مأمنه فلا يصاب بسوء قبل انتهائه إلى مأمنه ، قد يقال إن الآية نص فى اجارة المستجير وفرق بين اجارة المستجير وحصانة السفير ، فإن للملجأ أحكاما وللسفارة أحكاما ولكنى الذى يستهمنى من الآية الكريمة هي فكرة الجوار فكما أنها يجوز أن تكون جوارا لمستجير فإنها تصلح أن تكون جوارا للجار . فإذا كان الله تعالى قد أمر بجوار العدو وقت الحرب وقرر له حصانة كاملة مابقى بين ظهرائى المسلمين إلى أن يبلغ مأمنه فإن جوار الصديق أولى ، وحصانته أبر . إن الآية ليست نصا فيما استشهد به ولكنى أتخذ من مفهوم اشارتها حجة فيما أقول وسندا لما أذهب إليه .

ومن ثم فإن الحصانات والامتيازات التى يتمتع بها ممثل الحضرتين تستند إلى مدرك الأمان إذا كان فى بعثة مؤقتة وهو عندئذ مستأمن وتبنى على فكرة الجوار إذا كان مقيما وهو بذلك جار نفيع أو جنب لنا .

وفكرة الجوار لاتساعها وامتدادها إلى مختلف نواحي العلاقات بين الجار والمجير يمكن أن تحتوى كافة صور الحصانات مدنية وإدارية وجنائية ، ثم هى كما قلت أكثر اتساقا مع فكرة البعثة الدائمة أو المستقرة من مدرك الأمان بمفهومه التقليدى والذى يحتاج إلى تنسيق كى يتواءم مع التصور المعاصر للبعثات المستقرة .

وإذا كان المبعوث يمثل دولة إسلامية لدى دولة غير إسلامية فإن من حق الدولة الإسلامية أن تؤكد على المعاملة بالمثل ، فكما أن

مبعوث الدولة غير الإسلامية يتمتع في دار الإسلام بمحسانات وامتيازات معينة فإن مبعوث الدولة الإسلامية إلى دار العهد يجب أن يتمتع بمحسانات وامتيازات مماثلة على الأقل وهذا ازيدته توضيحاً فيما بعد . والطريف أن جمهور الفقهاء يعتبرون دار العهد دار اسلام وحجتهم في ذلك انهم صاروا أهل ذمة تؤخذ جزية رقابهم — أما الشافعي — ومعه محمد بن الحسن الشيباني وأبو يعلى — فله تصور آخر لدار العهد : قال الشيباني « المعتبر في حكم الدار هو السلطان والصفة في ظهور الحكم فإن كان الحكم حكم الموادعين فبظهورهم على الآخرين كانت الدار دار موادة وإن كان الحكم حكم سلطان آخر في الدار الأخرى ، فليس لواحد من أهل الدار حكم الموادة » (شرح التيسير الكبير) .

ولعل رأى الشافعي هو الاقرب إلى ما عليه واقع الحال اليوم فهو أكثر انسجاماً مع فكرة أن الاصل في علاقات المسلمين بغيرهم هو السلم وليس الحرب ثم إن دول العالم اليوم — مسلموها وغير مسلميها — تستظل بظل الامم المتحدة وميثاقها يقوم على تجميع الدول المحبة للسلام ، واذن فالدول غير المسلمة هي دار عهد وليست دار اسلام .

٣ — إذا كان المبعوث يمثل دولة اسلامية لدى دولة اسلامية فهنا تواجهنا الفكرة التقليدية للنظرية الإسلامية وهي فكرة وحدة دار الإسلام على اساس الاخوة الإسلامية ولكنى قدمت أن الاخوة الإسلامية لا تفرض وحدة موحدة وإنما تقيم نوعاً من اتحاد الإيلاف (الكونفدرالى) بين الدول الإسلامية ، وفي ظل هذا الحلف تبقى لكل دولة سيادتها وشخصيتها على أنها سيادة تختلف — في علاقة الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر — عن الهيمنة التي تمارسها الدولة الإسلامية حيال الدول غير الإسلامية والتي تقوم على الاستقلال والمنعة في مواجهة الدول الأخرى . ولذا فإن اقرب تنظيم للعلاقات السياسية بين الدول الإسلامية هو ما كانت تمارسه دول الكومنولث البريطاني حيث تتبادل تلك الدول من يعرفون بالمندوبين السامين وهؤلاء لهم مركز قانونى يختلف عن

مركز المبعوثين الآخرين . فقد تقرر سنة ١٩٢٥ ألا يتمتع هؤلاء بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية ولكنهم رفعوا في سنة ١٩٤٨ إلى مرتبة السفراء ، وإذا كانوا قد منحو سنة ١٩٥٢ — هم وموظفهم — الحصانات والامتيازات ذاتها التي للسفراء بشرط المعاملة بالمثل فذلك تطور دعى اليه ما طرأ من وهن على ما يربط تلك الدول من اتحاد ، شأن ما نراه اليوم من ضعف الوشائج بين الدول الإسلامية . ولذا فإنى أقبل — وإلى أن يقضى الله أمرا كان مفعولا فى علاقة الدول الإسلامية بعضها ببعض الآخر — أن تطبق الحصانات والامتيازات على مبعوثى تلك الدول لدى بعضها البعض أخذا بالقاعدة الشرعية « الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأصغر » حيث أن القول بغير ذلك اليوم قد يترتب عليه نوع من القطيعة بين تلك الدول وما هذا عليها ببعيد إذا قسنا الامر على ما حصل بين الدول الإسلامية ومصر عندما علقت عضوية مصر فى المؤتمر الإسلامى وسحبت ممثلها جزاء لدخول مصر فى علاقات سلمية مع اسرائيل . ولما كانت الغاية الكبرى هى تدعيم روابط تلك الدول فإن تلك الغاية تبرر الوسيلة التى تسعى إلى تحقيق ذلك الدعم ومن بينها تبادل مبعوثى الحضرتين ومنحهم حصانات وامتيازات على قدم المساواة مع غيرهم من المبعوثين ، وذلك حكم يمكن أن نبنيه على الاستحسان .

ويطيب لى هنا أن انبه إلى اننى عند الكلام عن الصدارة قدمت المبعوثين المسلمين على غيرهم من المبعوثين فى دار الإسلام وقولى هذا غير مرتبط بما يقرر أو لا يقرر للمبعوثين المسلمين من حصانات وامتيازات وانما يتعلق بكيفية معاملة المبعوث الإسلامى إذا جمعته بالمبعوث غير الإسلامى مناسبات رسمية ، فإنى أرى أن تكون له الصدارة حتى ولو كان لا يتمتع فى علاقته بدولة المتمر الإسلامية ، بحصانات وامتيازات لان الصدارة تكريم وليست حصانة ولا امتيازاً فنى فى الحقيقة أدخل فى انجاملات الدولية .

والآن ماهى الحصانات التى تضى على مبعوثى الحضرتين ؟

استلمع عند الكلام على حصانات مبعوثى الحضرتين أن اقسام تلك

الحصانات إلى قسمين رئيسين هما الحصانة الشخصية والحصانة العينية — وأقصد بالحصانة الشخصية الحصانة التي تحمي شخص المبعوث وتشمل : حرمة شخص المبعوث وكذا الحصانة القضائية — المدنية والإدارية والجنائية — أما الحصانة العينية فهي التي تتعلق بالاعيان . وأناقش كلا من القسمين فيما يلي من وجهة النظر الإسلامية :

أ — الحصانة الشخصية :

١ — الحرمة :

تعتبر حرمة شخص المبعوث من الناحية التاريخية — أول ما تمتع به المبعوث من حصانة ولذا فإنها أكثر الحصانات عالمية من حيث القبول . ومن مقتضى حماية شخص المبعوث عدم المساس بشخصه وحمايته ضد الاعتداء وحفظ كرامته وقد غدت هذه الحصانة ذات أهمية خاصة في هذه الأيام إزاء ما نسمعه من تكرار خطف المبعوثين أو اغتيالهم .

ولست بحاجة إلى أن أقول ان النظرية الإسلامية تقر هذه الحصانة طوعية لاحكام الامان . بل انها لا تمنع على المبعوث التمتع بهذه الحصانة ولو كان قصده التجسس أو الحصول على معلومات هامة لصالح بلده « لان الفقهاء قرروا الا يكون محض عمل الشخص هو التجسس ، والتمثيل السياسي الدائم يحقق فوائد متماثلة عن طريق تبادل الممثلين الدائمين ، ويقر الإسلام مثل هذا العمل لتحقيق مصالح كثيرة تفوق بعض مآخذ يلحق الدولة من ضرر » (الزحيلي — المرجع السابق ، ص ١٥٤ — ١٥٥) . ويلحق بجرمة المبعوث عدم جواز تفتيش امتعته الشخصية الا إذا قامت مبررات جدية يتوقع معها ان تحتوى على اشياء ليست شخصية ولا رسمية أو اشياء يمنع قانون دولة الاستقبال من استيرادها أو تصديرها ، حسب الاحوال . والحق ان تفتيش المبعوثين كثر في الآونة الاخيرة بسبب انتشار جرائم التهريب بينهم ولم يعد هذا قاصراً على المراتب الدنيا من المبعوثين بل إن بعض الذين اهتموا به يشغلون مراتب عليا في سلك الحضرتين مثال ذلك القنصل الفرنسي في دسلدورف الذي حاول أن يحتمي بحصانته

ولكن رجال الجمارك أصروا على تفتيشه فعثروا معه على ٣٩٠ ساعة مخبأة في بطانة سترته .

٢ - الحصانة المدنية والادارية :

لا جدل أن الدبلوماسى يتمتع في الممارسة الدولية المعاصرة بحصانة ضد الاجراءات المدنية والادارية ايا كانت وذلك فيما يتعلق بأعماله الرسمية . اما بالنسبة لشئونه الخاصة فالامر محل خلاف . فنجد النظرية البريطانية ويمائلها اتجاه محكمة النقض الفرنسية كانت تقرر حصانة كاملة للدبلوماسى دون تفرقة بين اعماله الرسمية وتصرفاته الخاصة بينما تأخذ المحاكم الايطالية والقانون البريطانى الحديث بهذه التفرقة .

ويبدو أن الراجح في كثير من الدول هو عدم صرف الحصانات إلى نشاط الدبلوماسى إذا :

- (أ) تعلق بملكية عقارية أو تركة .
 - (ب) أو كان ذا طبيعة مهنية او تجارية .
 - (ج) أو عندما يلجأ الدبلوماسى اختيارا إلى القضاء المدنى لدولة القبول .
- وهذا هو ماكرسته م ٣١ من وفاق فينا الاخير .

كذلك فإن الغالب في الفقه والقضاء الدولى هو اعتبار ان محل الاقامة للدبلوماسى هو وطنه بغض النظر عن مكان ومدة اقامته في الخارج وتلك النظرة هي من بقايا نظرية اللا اقليمية بالنسبة للبعثة الدبلوماسية .

واغلب الظن ان النظرية الإسلامية التقليدية تخالف العرف الدولى الجارى بشأن الحصانة المدنية والادارية ذلك ان الفقهاء يقررون مسئولية مبعوث الحضرتين مدنيا عما يأتيه من تصرفات في بلاد الإسلام لان المستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الامان واقامته في دار الإسلام وأن حقوق الافراد لها سلطان على كل اعتبار فلا يجوز اهدارها مهما كانت الاحوال .

ولكنى لا أساير الفقه الكلاسى فيما ذهب اليه ولذا قدمت أن امان المبعوث

امان خاص في احكامه وضماناته ؛ ولذا ارى ان يكون الحكم بالنسبة لحصانة
مبعوث الحضرتين المدنية والادارية لدى دار الإسلام على النحو التالى :

أ — مايتعلق بالشئون الخاصة بالمبعوث من معاملات وعلاقات اجتماعية
والتي ذهب بعض الفقهاء إلى أن تترك للذميين والمستأمنين في حكمها —
ويكون قضاتهم فيها من أنفسهم . فان للمبعوث حصانة قضائية في مثل تلك
الامور ذلك انه مادام أن قاضى النزاع ليس هو قاضى المستأمن فان الامر
يستوى عملا بين وجود هذا القاضى في دار الإسلام أو وجوده في دار
المستأمن أو الجار . ومن ثم فلا ضير من أن نجامل المبعوث بتوفير الحصانة القضائية له في
ذلك الغرض (قارن محمد أحمد فرج السهنورى — تاريخ الفكر الإسلامى
ومصادره ، محاضرات لدبلوم الدراسة العليا في الشريعة الإسلامية ، ص ١٣) .

ب — إذا كان طرف النزاع مسلما فأرى أن نفرق بين ما يأتیه المبعوث من
تصرفات تتعلق بمهامه الرسمية ، وهذه أقر له فيها بالحصانة ، وبين ما يأتیه من
تصرفات تتعلق بشئونه الخاصة ، وهذه لا أقر له فيها بالحصانة .

اما أن تضفى على المبعوث حصانة بالنسبة لتصرفاته الرسمية فسندى فيه أن
الحكم يتبع المصلحة الراجحة والمصلحة هنا هى حث الدول غير الإسلامية على
أن تدخل في علاقات سلمية مع الدول الإسلامية — لاسيما في الاوضاع
الراهنه التى تفتقر فيها الدول الإسلامية إلى المنعة الكافية . إن إخضاع المبعوث
في تصرفاته الرسمية لقضاء دار الإسلام لابد أن يدفع الدول التى تريد أن تبتعث
مثلا دائما لها لدى الدول الإسلامية إلى العزوف عن ابتعائه لاسيما وأنها تقر
بحصانة مماثلة لمبعوث الدولة الإسلامية لديها . وطبعى أن نتوقع معاملة بالمثل
على الأقل فضلا على أن هذا يخالف مبدأ المساواة بين الدول وهو مبدأ تقره النظرية
الإسلامية . أما رفع الحصانة عن المبعوث حيال تصرفاته الخاصة فليست له —
بالنسبة لدولة الابتعاث — خطورة إخضاع التصرفات الرسمية لقضاء أجنبي
عنها فضلا على أنه ليس بحكم شاذ في الممارسة بالدولية المعاصرة ، إذا اسلفت
ان من الدول مايفرق بين التصرف الرسمى والتصرف الشخصى فيخضع الممثل

للقضاء المحلى فيما يأتيه من شئون خاصة بل إن وفاق فينا يسير على هذه
التفرقة .

ج — إذا تخصم المبعوث إلى القضاء الإسلامى لانه بذلك يتنازل عن
حصانته القضائية ، وهذا ايضا هو الغالب فى المفهوم المعاصر بالنسبة للحصانة
القضائية .

٣ — الحصانة الجنائية :

تعنى الحصانة الجنائية اعفاء المبعوث من الاجراءات الجنائية ، وهذا أمر
يبدو لازما حتى لاتمس حرية المبعوث بما يتخذ ضد شخصه وأمواله . على أن
المأخوذ به الآن ان الحصانة لا تحمى المبعوث ضد مايسمى بجرائم الحرب أو
الجرائم ضد الإنسانية ، وفى قول عام جرائم الأمن الكبرى كذلك . ويدخل ضمن
الحصانة الجنائية اعفاء المبعوث من القبض عليه . غير ان هذا لا يمنع من التحفظ
عليه إذا تطلبت ذلك دواعى حفظ النظام الداخلى إلا أن هذا التحفظ يجب ألا
يتجاوز حدوده أو يمتد لاكثر من المدة الضرورية . ويبدو أن للدولة — إذا اتهم
المبعوث المعتمد لديها بتهمة الجنس — الحق فى أن تتجاهل حصانته بمعنى أن لها
تقبض عليه وتحقق معه ولكنها لاتقوم بمحاكمته ولا توقيع الجزاء عليه . ويبرر
القبض والتحقيق فى هذه الحالة أن حصانة المبعوث مرتبطة بما لا يهدد أمن
الدولة ونظامها العام إذ ليس من حق المبعوث أن يتستر وراء الحصانة كيما ينتهك
قانون دولة القبول . بل إن عليه أن يحترم ذلك القانون ويلتزم بمقتضيات النظام
العام لتلك الدولة (م ٤١ / ١ من معاهدة فينا) .

ويذهب الفقه التقليدى الإسلامى إلى عدم الاقرار بالحصانة الجنائية
للمبعوث بدعوى أن المجرم لا يصلح لاداء مهمة المبعوث وأنه كمستأمن أو جار يلزم
باحترام أحكام الشريعة الإسلامية ومن ثم فإن محاسبته على جرائمه أمام القضاء
الإسلامى هو دفع للفساد ، ودفع الفساد واجب ملزم لكل من يقيم من
المسلمين . وانه ليس للمبعوث أن يشكو من ذلك حيث أن الاسلام عرف
بالعدل « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » . كما انه لا خوف عليه

من القاضى المسلم « ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوى » (المائدة / ٨) .

والحق أن هذا قول يحتاج فى قبوله إلى ركيزة عقائدية تمهد للنفس تقبله ونهياً للعقل لاستيعابه، أما المستأمن أو الجار الذى لا يدين بدين الإسلام ولم تمس حلاوته شغاف قلبه فلا يسهل عليه أن يتفهم هذه المبررات ، ثم إن هذا القول بمنطقه يمكن أن يكون حجة لدولة المستأمن فى عدم الاقرار بحصانة جنائية للمبعوث الإسلامى فى دولة غير اسلامية على اساس المعاملة بالمثل .

وفى تقديرى أن سابقة الرسول الكريم مع ممثلى مسيلمة لا تتفق مع هذا رأى بل لعل العكس هو الصحيح إذ ما أفهمه من النقاش الذى دار بين النبى ﷺ وبين الرسولين يتضمن ما يفيد أن الرسولين قد ارتكبا جريمة نكراء امام الرسول وفى دار الرسالة عندما قالوا انهما يقولان بما يقول به مسيلمة وهى جريمة قرر الرسول فى حينه أن عقوبتها الاعدام ومع ذلك فانه اغناهما من تطبيق العقوبة احتراماً للحصانة التى يتمتع بها السفراء . فكيف نقول بعد ذلك أن السفير لا يتمتع بحصانة جنائية ؟ لقد وضع الرسول مبدأ الحصانة الجنائية المطلقة فجعل الرسالة فى ذاتها هى التى تحمى الرسول ، اى ان المهمة الدبلوماسية هى الامان والحاجب عن المحاسبة . وليس بعد حديث الرسول حديث . اننا إذا سائرنا النظرية التقليدية فى حرمان السفير من الحصانة القضائية كما تريد النظرية التقليدية لم يبق للسفير حصانة تذكر . وتبعاً فإننا نجد أحكام السلام فى الإسلام من ركيزة قوية لدعم السلام وتوطيد أواصر الاعراف بين القبائل والشعوب لاسيما وأننى اسلفت ان السفارة فى مفهومى ضرورة وليست خياراً .

اننى لا انكر أن من حق الدولة الإسلامية — وتجاريها فى هذه الممارسة الدولية المعاصرة — أن تقوم فى الظروف الاستثنائية باحتجاز المبعوث أو حبسه مؤقتاً على سبيل الاحتياط وليس العقاب فقد استبقى الرسول ﷺ سفراء مكة لديه اثناء التفاوض على صلح الحديبية إلى أن عاد اليه سفيره سالماً من مكة .

وهذا ما فعلته ايران سنة ١٩٧٩ مع من احتجزتهم الثورة من الدبلوماسيين
الامريكيين والذين اسلمتهم الأوساط الغريبة بالرهائن . وتتلخص الوقائع في أن
عددا من المتظاهرين الإيرانيين هاجموا السفارة الأمريكية وقبضوا على كل من
كان موجودا فيها ثم تلى ذلك بقليل الاستيلاء على القنصليتين الأمريكيتين في
شيراز وتبريز ووقع الأسرى في أيدي هؤلاء الثوار ورفضوا
الإفراج عنهم احتجزوهم إلى أن تستجيب الولايات المتحدة لبعض المطالب
الإيرانية . وقد استشاط هذا الغضب الإيراني السماح للشاه المعزول بدخول
الولايات المتحدة — على الرغم من تحذير إيران — بدعوى حاجته إلى
العلاج . كما احتجز بجانب هؤلاء القائم بالاعمال الأمريكي ودبلوماسيان
آخران في وزارة الخارجية الإيرانية في ظروف غامضة . ثم قام المناضلون — وهم
من الطلبة — بالإفراج عن ثلاثة عشر شخصا من المحتجزين يومى ١٨ ، ٢٠
نوفمبر سنة ١٩٧٩ . .

وتحكى قصة هؤلاء المحتجزين سلسلة طويلة من الاحداث ليس هنا مجال
تفصيلها . وقد اهتم مجلس الامن بالموضوع وأصدر بصفته عدة قرارات كانت
في صالح الولايات المتحدة ، كما رفعت الولايات المتحدة دعوى ضد ايران أمام
محكمة العدل الدولية انتهت بحكم ضد ايران . والطريف أن العدد/٧٤
من المجلة الأمريكية للقانون الدولى الصادر فى ابريل سنة ١٩٨٠ تضمن تعليقا
على الحكم (ص ٤١١ — ٤١٧) ألخص ترجمة لمقتطفات منه . يرى التعليق
أن استخدام سفارة للمساس بالنظام الدستورى لدولة والمساعدة فى اقامة
وتدريب البوليس السرى الذى ارتكب عددا من الجرائم ضد الشعب يعتبر من
الامور الخطيرة ولذا فان القانون الذى يغلب أحكام الحماية الدبلوماسية على
مصالح الشعب ويحمى الدبلوماسى على حساب استقرار الدولة هو قانون
جائر ، إذ كيف يمنح حاكما طاغيا عذب شعبه حق الملجأ ونضفى حماية باسم
الدبلوماسية على الشرطة المتعسفة . ان تفسير هذا هو أن القانون الدولى
المعاصر وضع لحماية الحكومات ضد مصالح المجتمع ولذا فان الاحتفاء وراء
القانون فى مثل هذه الفروض الجائرة يفتقر إلى اساس منطقى . وحرى بالذكر
ان ايران كانت قد طلبت من المجتمع الدولى منذ البداية تشكيل لجنة للتحقيق

فيما ارتكبه الشاه من مظالم وتصرفات غير مشروعة وربطت بين الافراج عن المحتجزين وبين تسليم الشاه إليها واعادة امواله إلى الشعب . ويبدو أن اللجنة قد تحققت من صدق اتهامات الثورة الايرانية للشاه .

إن الرأي عندى هو أن الأمان أو الجوار الذى اعطى أو يعطى لمبعوث الحضرتين يتضمن نصا — أو عرفا ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا — باعفاء المبعوث من المثل أمام قضاء الدولة الإسلامية وفضلا على أن ذلك هو من قبيل المعاملة بالمثل فإنه لا يتعارض في مفهومى مع الآيات التى يستند اليها الفقهاء في تطبيق الشريعة الإسلامية على الحوادث التى تقع في دار الإسلام في حق المقيمين على اقليم الدولة الإسلامية . ان الفقهاء يوردون في هذا المقام عموم الآيات الآمرة بالحكم بما أنزل الله في سورة المائدة . فإله سبحانه يقول « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » (الآية ٤٤) ويقول عز من قائل « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » (الآية / ٤٥) ويقول جل ذكره بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون (الآية ٤٧) ويقول تبارك وتعالى « وان احكم بما أنزل الله ولا تتبع اهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك » ، (الآية ٤٩) . إن هذه الايات نص في القانون الذى يطبقه القاضى المسلم فهى تشكل قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص وتبعا فهو ملزم بحكم تلك الآيات إذا ما عرض الامر عليه ولكنها ليست حكما نصا في اختصاص القاضى المسلم وحده فليس في مبنائها ما يلزم بأن يكون القاضى المسلم هو وحده الذى ينظر في القضايا التى تقع في دار الإسلام . والدليل على ذلك أن الفقهاء أجازوا أن يكون هناك قاض غير مسلم في دار الإسلام للفصل فيما يتعلق بالشئون الخاصة بالذمى والمستأمن . أما ان اختصاص القاضى المسلم بالفصل فيما يصدر عن المبعوث من جرائم هو دفع للفساد فأمر يمكن غض النظر عنه من قبيل الاستحسان ودرءا للمفسدة اكبر وهى سوء العلاقات بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية إن لم تكن القطيعة بين الدولتين . وقد رأينا الغضبة المضرة التى غضبها المجتمع الدولى عندما احتجزت ايران بعض الدبلوماسيين الامريكيين وما تعرضت له ايران من محاولة غزو امريكى لاختطاف المحتجزين .

ثم ان اعتفاء المبعوث من الاختصاص الإسلامى لا يعنى مساححة المبعوث عما ارتكبه فإن المفروض أن تأتى دولته احدا منين: فهى اما ان تتنازل عن حصانته كى يحاكم أمام القضاء الإسلامى واما ان تقوم هى بمحاكمته عما فعل وتوقع عليه الجزاء الذى يراه قضاؤها وفى ذلك تطيب لخاطر الدولة الإسلامية فى الظروف والأوضاع الدولية الراهنة .

هذا ولا يغيب عن البال ان من حق الدولة الإسلامية ان تطرد المبعوث المجرم (أى تعتبره شخصا غير مرغوب فيه) وتطلب إلى دولته سحبه وفى هذا رد على الحجة التى تبرر اخضاعه للقضاء الإسلامى بدعوى ان المجرم لا يصلح لاداء وظيفة المبعوث .

ولكن ما القول لو أن سفير دولة الإسلام اتى تصرفا مدنيا او ارتكب جريمة فى اقليم دولة المقر ثم اعيد إلى دولة الإسلام ، هل يمكن مقاضاته امام القضاء الإسلامى ام لا ؟ .

إذا كان مبعوث الدولة الإسلامية غير مسلم فانى لا أرى ما يمنع من ان يقاضى مدنيا وجنائيا أمام القضاء الإسلامى أو القضاء الذى تخصصه دولة الابتعاث الإسلامية لرفع الدعوى على المبعوث أمامه . فهو من أهل الكتاب وأتى تصرفا أو ارتكب فعلا فى دار العهد وتبعاً فإن محاسبته فى دار الإسلام لا غبار عليها .

إما إذا كان المبعوث مسلما فالامر محل خلاف بين الفقهاء ويبدو أن القاضى المسلم — على ما هو راجح فقها — لا ينظر فيما صدر من المبعوث — شأنه شأن أى مسلم — من تصرفات مدنية فى دار الحرب . لأن المدائنة تقع هدرا فى دار الحرب لانعدام ولايتنا عليهم وانعدام ولايتهم علينا ولأن غصب كل واحد منهم (المسلم والحرى) صادف مالا غير مضمون فلم ينعقد سببا لوجود الضمان .

اما ما ارتكبه من جرائم فى دار الحرب فلا يكون مستوجبا للعقوبة عند

الخنفية حتى ولو رجع إلى دار الإسلام لأن الفعل لم يقع موجبا للعقاب أصلا لعدم ولاية إمام المسلمين على دار الحرب . أما الجمهور فيرى انه يستحق العقاب عما يصدر منه موجبا لحد أو تعزيز لأن أمر الله تعالى باقامة الحد مطلق في كل مكان وزمان . وروى أبو داود في المراسيل عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ « وأقيموا الحدود في الحضر والسفر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم » .

واغلب الظن عندي ان القائلين بعدم محاسبة المبعوث المسلم عن تصرفاته وأفعاله في غير دار الإسلام انما صدروا فيما قالوا عن تصور مخالف للغرض الذي أبحثه هنا ، ذلك هو انقسام العالم إلى دار اسلام ودار حرب وهؤلاء لم يتصوروا فئة ثالثة من الدول ولذا اعتبروا دار العهد دار اسلام لانهم صاروا بالصلح أهل ذمة تؤخذ منهم جزية الرقاب ، ولكني اتكلم هنا عن تصور آخر . انني اتكلم عما يأتيه المبعوث المسلم في دار العهد بمعنى الدار التي لم يستول عليها المسلمون فلا تطبق فيها شريعتهم ولكن أهلها دخلوا في عقد المسلمين وعهدهم على شرائط اشترطت وقواعد عينت . ومن الشروط التي تعتبر حاليا ضمن أحكام العهد محاسبة المبعوث عن تصرفاته المخالفة لتريعة دار العهد — طواعية لما تقضى به الاعراف الدولية اما امام قضاء دار العهد واما امام قضاء دار الإسلام . ومن الامثلة السالفة لدار العهد — بالمعنى الذي أقصد اليه — أهل النوبة الذي احتفظوا باستقلالهم ردحا طويلا فعقد عبد الله بن سعد معهم عهدا ليس فيه جزية وانما كانت مبادلات تجارية بين الطرفين ولذا فاني أطلق على الدول التي تدخل في علاقات سلمية مع الدول الإسلامية وتتبادل معها السفراء بداية العهد . ان القبول بغير هذا يهدد تأمين المصالح الاقتصادية وحل القضايا السياسية بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية . ولعل هذا التقسيم الثنائي الذي تمسك به جمهور الفقهاء التقليدي هو الذي اتخذ به بعض المستشرقين دليلا على ان الإسلام عقيدة غارات وحروب وسماء جولد تسهير تقويم البلدان الإسلامي وهو تقسيم لا يلتقي كما اسلفت — مع نص أمر في القرآن أو الحديث — ولا يستقيم مع حقائق الحياة الدولية حتى في باكورة قيام

الدولة الإسلامية فقد عقد الرسول ﷺ صلحاً مع نصارى نجران أمنهم فيه على حياتهم وفرض عليهم ضريبة . قيل أنها خراج وقيل إنها جزية . كما عامل الحبشة — وهى ليست من دار الإسلام — على أنها دولة صديقة ، وكان عليه الصلاة والسلام يهتم شخصياً براحة من يقوم منها برسالة (الطراز المنقوش لعبد الباقي ، ص ٤٥ — ٤٦) . فإذا كان الامر ماقدمت فكيف نقول إن مداينة المسلم فى دار العهد تقع هدرا وان مايرتكبه من جرائم هناك لا يستوجب العقاب؟! إن مثل هذا يكون فهما غريباً للصالح والعهد . ولكن الذى نستطيع أن نقوله — وأنا أؤيده — إن القاضى المسلم ملزم بأن يقضى فيما يعرض عليه من تصرفات وفعال المبعوث فى دار العهد — بأن يحكم بما أنزل الله لان هذه كما اسلفت هى قاعدة تنازع القوانين فى الإسلام .

ب — الحصانة العينية :

لا يخطئ الدارس للحصانات العينية فى القانون الدولى المعاصر فى ملاحظة أن الاضطراب يعتور الفقه والعمل الدوليين فى هذا الخصوص . وينصب الخلاف اساس على ماإذا كانت الحصانة العينية تقتصر على الاموال التى يحتازها الدبلوماسى بصفته الرسمية ام انها تمتد شاملة لكل مايمكن لدى الدبلوماسى بصفته الشخصية . وهكذا نرى الفقه متفقا على اضافة الحصانة على الاموال العامة للدولة ولكنه يذهب مذاهب شتى بالنسبة لما يملكه الدبلوماسى ملكية خاصة .

اما مبانى البعثة فقد عاجلت م ٢٢ من وفاق فينا مركزها الخاص فحرمت على دولة المقر ممارسة اى تصرف من تصرفات السيادة فى تلك المبانى أو مايرتبط بها ، وفرضت على دولة المقر حمايتها من أن تنتهك حرمتها أو أن يعيث بها المتطفلون . والراجح عندى ان الالتزام بحماية مبانى البعثة ليس التزاما مطلقا بمعنى انه إذا أصاب المبانى ضرر دون أن يكون ذلك بسبب اهمال دولة المقر فإنها لا تتحمل مسئولية ذلك قانونا . وفى تقديرى أن النظرية الإسلامية سبقت إلى تلك الاحكام قياساً على السنة النبوية الشريفة . فقد دأب الرسول ﷺ

على تخصيص مسكن خاص للرسول في بيت رملة بنت الحارث بن سعد ، كما كانت هناك دار أخرى للغرض ذاته يطلق عليها « دار الضيفان » . ان هذه الدور — وهي دور الضيافة — تعنى ان الإسلام يحرص على ان تكون اقامة المبعوث وممارسته لمهمته في مكان يطمئن فيه على توفر حقوق الضيف وراحته . وكانت دورا للضيافة المؤقتة لان الوفادة كانت مؤقتة أما اليوم فإننا نستطيع — عن طريق القياس — ان نقول ان دور البعثات وما يلحق بها هي دور ضيافة دائمة تسمح بها دولة الإسلام لاستقبال واقامة المبعوث وممارسته لمهام وظيفته . وتبعاً فان مقتضى هذه الضيافة الخاصة ان تضمن دولة الإسلام لتلك المباني حرمة تتفق مع الالتزامات التي تفرضها آداب الإسلام على المضيف . وأن تحرص على ألا تأتي فيها بما يعكر صفو المبعوث — كمضيف . وطبيعي أن حصانة المبنى تمتد إلى مابه من أوراق ووثائق ومستندات ، فهذه ايضا لا يجوز لدولة المقر أن تمس بها وتقاس على هذا حصانة البريد الدبلوماسي فلا يجوز تفتيش الحقيبة الدبلوماسية (أى حقيبة الحضرتين) ولا يجوز انتهاك حرمتها الا في الأحوال التي يجوز فيها تفتيش الامتعة الشخصية للمبعوث . ومن السوابق الخطيرة سابقة القضية التي ضبط فيها سفيران من امريكا اللاتينية وهما يهزبان في الحقيبة الدبلوماسية كميات كبيرة من المرويين إلى الولايات المتحدة وتبين انهما عضوان في عصابة دولية لتهرب المخدرات .

ومن هنا فاني ارى ان النظرية الإسلامية تتسع في شأن حصانة ومباني الحضرتين — لما قد تضيق عنه النظرية الدولية المعاصرة . فهي تقرر حصانة لمسكن المبعوث — ايا كانت مرتبته سفيراً أو من مساعدى السفير ومعاونيه بشرط الا يستخدم المسكن لأغراض تتعارض مع المصلحة العامة للدولة الإسلامية . ولذا فاني اقول ان هذه الحصانة الواسعة التي تقرها النظرية الإسلامية لا يجوز الاحتجاج بها في حالتين :

أ — منع ملجأ لاعتبارات غير انسانية لاسيما إذا كان اللاجئ قد ارتكب جرماً ضد العقيدة الإسلامية .

ب — استخدام دار البعثة لنشاط غير مرغوب فيه ويهدد سلامة الدولة وأمنها القومي .

واضرب هنا مثلاً لسابقة معاصرة لأنها حدثت بين دولتين مسلمتين وأُريد فيها موقف الباكستان ضد العراق على فرض صحة زعم باكستان . حصل سنة ١٩٧٣ ان استدعت وزارة الخارجية الباكستانية سفير العراق لدى باكستان وأفهمته ان اسلحة ترد إلى باكستان تحت ستار حصانة الحضرتين وان هناك دليلاً على انها تخزن في السفارة العراقية فرفض السفير اعطاء اذن بالتفتيش ولكن رجال الامن اقتحموا — في حضور السفير — مباني السفارة وعثروا على رسائل كبيرة من الاسلحة ، ونتيجة لذلك ارسلت حكومة باكستان احتجاجاً إلى العراق وسحبت سفيرها هناك واعتبرت أن السفير العراقي شخص غير مرغوب فيه .

يبد ان هذا لا يعنى ان تتخذ منه الدولة الإسلامية مبرراً لاقلاق راحة البعثة وتحذى حصانتها إذا يجب ألا تلجأ إلى هذا الا في حالات الضرورة القصوى التي تمنع فيها البعثة في اساءة استعمال الحق في الحصانة .

ومن الطلى — قبل أن انهى الكلام عن الحصانة العينية — أن اتعرض لحصانة لها أهميتها حتى أن البعض يعالجها منفصلة عن حرمة مباني البعثة ، ذلك هو مايسمى بحق العبادة *droit de chapelle* . وقد قدرت لجنة القانون الدولي — وهي بصدد اعداد مشروع معاهدة الحصانات والامتيازات الدبلوماسية أن هذا الحق مستقر إلى حد أنه في غنى عن أن يدرج ضمن أحكام المشروع — والواقع أن الجدل الذي يدور حول هذا الحق لا يتعلق بأساس وانما بنطاق تطبيقه وهل يقتصر على رئيس البعثة أم انه يمتد إلى من هو دونه مرتبة وهل يعلق ذلك على أن تكون ممارسة الديانة المعنية مسموحاً بها علناً في دولة المقر وهل يجوز ذلك قرع الاجراس أو السير بموكب خارج المبنى ، وهكذا . وقد انتهى وفاق فينا إلى اثبات ذلك الحق ولكنه ترك تحديد طريقة ممارسته لما تقضى به قوانين ونظم الدولة المضيفة التي يجب على موظفي البعثة مراعاتها طواعية لنص المادة ٤١ من

الرفاق . وذلك حكم يتطابق مع ما قالت به النظرية الإسلامية منذ مئات السنين . ان الشريعة الإسلامية لم تقر بحرية العبادة للمبعوثين فحسب بل انها تقرها لغير المسلمين عامة . وعلى ضوء ذلك عاش غير المسلمين في كنف الدولة الإسلامية دون أن يتعرض احد لعقيدتهم أو يكرههم على الإسلام وترك دينهم « لكم دينكم ولي دين » (الكافرون / ٦) .

ولكن لا يفوتني هنا أن اشير إلى آراء الفقهاء في شأن اجبار الذميين والحريين على دخول الإسلام فلهم في ذلك أقوال واختلافات معروفة . فمنهم من يرى جواز اجبار الذمي على دخول الإسلام ومنهم من رأى — وهو الجمهور — عدم جواز إكراه الذمي والمستأمن على دخول الإسلام ، ولكل أسانيده من القرآن التي تنفي بعضها الاكراه وتدل بعضها على الاجبار . ومناقشة هذا الخلاف تخرج في تفاصيلها عن موضوع هذه الدراسة ولكن الدارس الذي ينعم النظر في الآيات الكريمة سوف يجد أن القتال والاكراه على قول الإسلام بمعنى الخضوع والانقياد له انما يرتبط بموقف غير المسلم من الدعوة الإسلامية وتعرضه لفتنة الناس عن دينهم فان لم ينقص المسلمين شيئاً ولم يظاهر عليهم ترك معاهدنا مستأمننا إلى أن يقضى الله فيه أمره . وقد تعرضت من قبل — بقدر كاف من التفصيل لنظرية الإسلام إلى العلاقات الدولية وأن الاصل فيها هو اسلام لا العدوان . أما عن الإعلان عن شعائهم واظهارها بدار الإسلام فللفقهاء فيها تفصيل .

فالحنابلة يرون وجوب « منعهم من اظهار شعائهم لمخالفة ذلك للمظهر الإسلامى العام اما اقامتهم الشعائر داخل اماكن العبادة التي خصوصنها لذلك فجائز ويرى الحنفية انهم يمنعون من اظهار شعائهم في امصار المسلمين — عواصمهم — حيث أنها موضع لاطهار دين الإسلام وشعائر المسلمين ، فلا يسمح بمزاحمة غير المسلمين لهم في ذلك » (عبد الوهاب عبد العزيز الشيشاني — حقوق الانسان وحرياته الاساسية في النظام الإسلامى والنظم المعاصرة ، مطابع الجمعية العلمية الملكية ، ١٩٨٠ ، ص ٥١٦ — ٥١٧) .

ومن ثم فإن للمبعوث — أيا كانت مرتبته ، بل ولكافة موظفى البعثة
وخدمتها — أن يمارسوا شعائهم الدينية داخل البعثة وألا يعلنوا عنها على نحو
يخالف المظهر الإسلامى العام . وجلى أن حكم م ٤١ من وفاق فينا لا يعارض
هذه النظرية الإسلامية .

الامتيازات المالية :

لم يكن حكم القانون الدولى — فيما سبق مؤتمر فينا — واضحا بشأن
الاحكام التى تنظم فرض ضرائب على المبعوثين . وذهب بعض الفقهاء فى
تبرير ذلك إلى أن الاعفاء مجاملة دولية تقسوم على المعاملة بالمثل وإلى صعوبة اتخاذ
اجراءات جبرية ضد المبعوث الذى يرفض دفع الضرائب . وقد قررت م ٣٤
قاعدة عامة تعفى المبعوث من دفع الرسوم والضرائب الشخصية والعينية —
الوطنية والاقليمية والبلدية — ولكنها اجرت على تلك القاعدة ثلاثة استثناءات
تتعلق (١) بالمستحقات التى تفرض لقاء خدمات معينة تؤدي مثل رسوم
الطريق أو استهلاك الكهرباء والمياه . (٢) والضرائب غير المباشرة وهى التى
تدرج عادة ضمن سعر السلع والخدمات ، (٣) والضرائب العقارية
والضرائب التى تفرض على نشاط شخصى للمبعوث . لا صلة له بواجباته
الرسمية .

والاحكام التى انتهى اليها وفاق فينا تكاد تكون تقنيا لما قال به الفقه
الإسلامى منذ العصر الوسيط فأساس الامتيازات المالية — كما اسلفت — هى
المعاملة بالمثل . وقد قرر الفقهاء « عدم التزام المستأمن بضريبة الجزية إلى مادون
السنة عند أكثر الفقهاء (غير الحنابلة) أو طوال اقامته فى بلاد الإسلام حتى
تنتهى حاجته عند الحنابلة » (الزحيل ، المرجع السابق ، ص ١٥٦) . ومن ثم
فإن المبعوث — كمستأمن مقيم ، أو كمجاور — لا يدفع الجزية طوال قيامه
بمهمته قياسا على المذهب الحنفى .

أما ضريبة الخراج . فالامر فيها لتقدير الحاكم إن رأى قدرها وإن رأى أعفى
المبعوث منها . وفى تقديرى انه مادام ان وفاق فينا قد استثنى الضرائب

ولكن هذا حكم نظري لاننى انصح الدولة الإسلامية بعدم رفع الحصانة عن ممثليها لدى الدولة غير الإسلامية لاعتبارين : الأول هو قوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (النساء / ١٤١) ذلك أن السماح للدولة المقر المخالفة بمحاسبة المبعوث الذى يمثل دولة الإسلام يمكن أن يدخل فى حكم جعل السبيل للدولة المقر المخالفة على دولة الابتعاث . والثانى هو مخافة أن يفت ذلك فى عضد المبعوث وقد يهون من ايمانه بحماية دولته له ، وهذا ماتبصره عمر بن الخطاب فكتب إلى عماله ألا يجلدن امير الجيش ولا سرية أحدا حتى يخرج إلى الدرب غافلا لئلا تلحقه حماية الشيطان فيلحق بغير المسلمين . وقد نصح ابو الدرداء بعدم اقامة الحدود على المسلمين فى ارض العدو خشية أن تستشاط فيهم الحمية فيلحقوا بالكفار . وروى البيهقى عن زيد بن ثابت حديثا نصه « لا تقام الحدود فى دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو » . وروى عن علقمة ان حذيفة نصحهم — اثناء غزوهم لارض الروم — وقد أرادوا حد رجل احتسى الخمر بألا يحدوه وقد دنوا من عدوهم فيطمع ذلك العدو فيهم . ويجوز للدولة الإسلامية أن تعتبر المبعوث شخصا غير مرغوب فيه إذا ارتكب بعض المخالفات مثل الزنا بمسلمة أو الزواج بها — إذا لم يكن مسلما — أو دلالة اهل الحرب على عورة المسلمين أو مكابتهم بأخبارنا أو فتنة مسلم عن دينه أو قتله عمدا أو قذف مسلم أو دعوته إلى دينه أو الطعن فى الإسلام أو القرآن أو سب الله أو ذكر الرسول أو غيره من الانبياء بسوء . ويرى المالكية والحنفية ان نقض اقامة المبعوث هنا يمكن أن يحصل سواء شرط ذلك على المستأمن (أو الجار) أم لم يشرط والأصح عند الشافعية انه لا ينتقض عهدهم بذلك الا إذا شرط عليهم انتقاض العهد بالمخالفة .

اما عن انتهاء الحصانة بانتهاء مهمة المبعوث ، فإن الشافعية والمالكية يقولون بذلك ولكن خلفية رأيهم هو توقيت الامان — وتبعا الجوار — بأجل اقصى وعندهم أن هذا الاجل يجب ألا يتجاوز عشر سنوات كالمدة — ولكنهم يقبلون هذا الأجل الطويل فى حالة ضعف الدولة الإسلامية فحسب .

وقد تشدد الحنفية والشيعة الامامية والزيدية فاشتروا الا يبلغ الامان عاما

وأن يقدر الاجل بمدى الحاجة فحسب خشية ان يغدو المستأمن (الجار) عينا على المسلمين وعونا عليهم .

أما الخنابلة فكانوا أكثر المذاهب واقعية وأوسعهم حلما على المستأمن (الجار) فأجازوا عقد الامان للمبعوث مطلقا ، أى انهم لم يقيدوا الامان بمدة معينة بخلاف الهدنة فانها لا تجوز الا مقيدة .

ولما كانت خلفية المذاهب فى تحديد مدة أمان المبعوث بفترة معينة انما تنطلق من تصور الوفاة على انها مؤقتة . أما ونحن نتكلم عن وفادة دائمة فإن الرأى الأكثر اتساقا مع واقع العلاقات الدولية المعاصرة عندى هو رأى الخنابلة . ومن ثم فإن المبعوث يتمتع بحصاناته وامتيازاته مادام قائما على رأس وظيفته سواء طالت أم قصرت . ومن الامور التى تقتضيها المصالح المرسلة أن نتبنى نص م ٣٩ من وفاق فينا ونصها :

١ — تزول الامتيازات والحصانات عن الشخص المتمتع بها متى انتهت وظيفته من الوقت الذى يغادر فيه البلاد أو بمجرد انقضاء المدة المعقولة التى منحت لهذا الغرض وتظل تلك الامتيازات والحصانات نافذة طوال هذه الفترة حتى فى حالة قيام نزاع مسلح . ومع ذلك تبقى الحصانة قائمة فيما يتعلق بالاعمال التى أداها هذا الشخص فى مباشرة وظيفته بوصفه عضوا فى البعثة .

٢ — فى حالة وفاة أحد اعضاء البعثة يستمر أفراد عائلته متمتعين بالامتيازات والحصانات المقررة لهم لمدة معقولة تسمح لهم بمغادرة اقليم دولة الاستقبال .

وبدهى أن تنتهى السفارة بقيام الحرب لان السفارة تفقد عندئذ الحكمة من بقائها ويسقط عنها مبررها .

وليس مما يجافى المنطق أن يخضع مبعوث الحضرتين للقضاء — بعد أن ينتهى أمد حصانته — عن أمور حصلت وقت أن كان متمتعا بالحصانة ، إذا قضى القانون المحلى لدولة المقر بذلك .

وإذا كان مبعوث الحضرتين يملك أن يحتج بمحصناته فليس أمام صاحب الحق إلا أن يدعى عليه أمام حاكم دولة الابتعاث وسلطاتها الداخلية .

ويذهب الفقه التقليدى إلى أنه لا يجوز للامام أن يترك الشراء يخرجون من ملكه بشيء من الرقيق والسلاح أو بشيء مما قد يكون قوة لهم على المسلمين ، أما الثياب والمتاع فلا يمنعون منه . وايم الحق إن هذا رأى ينبعث عن فكرة تقسيم العالم إلى دار اسلام ودار حرب وهى الفكرة التى أكدت عدم استنادها إلى نص إلزامى ، ومن ثم فإن الدولة الإسلامية يحسن ألا تذهب فى المنع الذى تفرضه على السفير عند خروجه إلى الحد الذى يتجاوز متطلبات الضرورة .

قطع تبادل تمثيل الحضرتين (قطع العلاقات الدبلوماسية)

ان قطع العلاقات بين الحضرتين انما يكون بنقض الامان ولذا فان قطع تلك العلاقات تحكمه قواعد نقض الامان (الجوار) . ويتنقض عقد الامان والجوار بما يتنقض به عهد الذمة . ويضيف الحنفية إلى ذلك جواز أن يقوم أحد طرفي الامان والجوار بنقضه بارادته الانفرادية لان عقد الامان والجوار عندهم غير لازم .

وبد هى ان امان الحضرتين لا ينقض بعدم دفع الجزية لان المبعوث معنى — كما اسلفت — من دفع الجزية مابقى قائما على بعثته . ولذا فان نقض امان الحضرتين — أى جواز قطع العلاقات الدبلوماسية بين دولتي الابتعاث والاستقبال — لا يكون الا بارتكاب دولة الاستقبال لبعض المخالفات .

وجدير بالذكر أن التطور الثقافى الذى واقع المواصلات والاتصالات راح يغلب النشاط الفنى للمبعوثين على دورهم الخلاق بعد ان اصبح ميسورا عليهم الاتصال بالمسؤولين فى دولهم لتلقى التعليمات ، وهكذا غدت الدبلوماسية فى خدمة الشعوب بعد أن كانت قاصرة على الحكومات . وقد خلف هذا التطور بصماته على طبيعة قطع علاقات الحضرتين فبعد أن كان يستجر وراءه قطيعة تكاد تكون كاملة أصبح لايعنى لزاما قطع العلاقات التجارية أو القنصلية لان

قطع علاقات الحضرتين يتغيا اليوم الإعراب أولا عن احتجاج لا يحرك الحكومات فحسب بل يقصد إلى استشارة الرأي العام العالمى .

و فرق بين قطع العلاقات وبين وقفها فاذا أوقفت العلاقات فإن استئنافها لا يتطلب اصدار خطاب اعتماد جديد .

ولكن انتهاء تمثيل الحضرتين يثير مشاكل جدية تتعلق بمصالح الدول المعنية ورعاياها ولذا تسعى الدول أول ماتسعى إلى تعيين دولة ثالثة لرعاية تلك المصالح وتسمى بالدولة الحامية .

وعلى الرغم من الخلاف الذى يدور بين الفقهاء حول أثر قطع العلاقات على المعاهدات فإن الإيجاز يقتضىنى ان اقنع هنا بتلخيص حكم المادة / ٦٣ من وفاق فينا الخاص بالمعاهدات وتقرر بأن قطع العلاقات لا يمس العلاقات القانونية التى تقيمها المعاهدات بين الدولتين اللهم الا فى نطاق ما يجعل بقاء العلاقات لازما لتطبيق المعاهدة .

كذلك يجب ألا يمس قطع العلاقات الحرمه المقررة لمباني البعثة وسجلاتها كما ينال مبعوث الحضرتين محتفظا بصفته للفترة المعقولة من الزمن التى تمنح لذلك النرض ويظل المبعوث محتفظا بمحسانته حتى ولو قامت حرب بين الدولتين ، كما أسلفت .

ومن الطلى أن اوضح ان قطع العلاقات لا يستبعد الصور الاخرى من الاتصال بين الدولتين مثل البعثات الخاصة والالقاء فى المؤتمرات الدولية .

ان الاحكام السابقة جميعها ليست غريبة على النظرية الإسلامية وهى تدخل فى باب الشئون الدينوية التى قرر الرسول ﷺ أن الناس اعلم بها وتبعها ترك لهم تديرها من قبيل السياسية الشرعية .

بل ان النظرية الإسلامية تبدو وأكثر كرمًا فى هذه الناحية ذلك أن مجرد اعلان الحرب لا يترتب عليه فى حكم النظرية الإسلامية تعطيل تمثيل الحضرتين وانما لابد من قيام دليل على أن المبعوث اصبح يمثل خطرا على الدولة

ومصالحها . ان قيام الحرب لا ينقض الامان (الجوار) إذ يظل المستأمن (الجار) على أمانه (جواره) وله أن يغادر دار الإسلام وقتما يشاء ومعه ما أحضره من أموال بل ومعه أموال أخرى على ألا تكون من قبيل المهربات الحربية . واذا كان ذلك هو الوضع بالنسبة للمستأمن العادى فان المستأمن المبعوث (الجار) يبقى على حصانته إلى أن يعاد إلى مأمنه .

استطراد : الوفاة الخاصة :

اقصد هنا بالوفادة الخاصة الرسل الذين يرسلون فى مهمة مؤقتة وهى صورة سبقت كما اوضحت تبادل السفارات الدائمة وقد تضاءلت أهمية الوفاة الخاصة مع قيام التمثيل الدائم ولكنها عادت فى السنوات الاخيرة إلى الازدهار مع اكثار الدول من استخدامها . بيد أن اضطراد العمل الدولى على ايفاد الرسل فى مهام خاصة لم يخلف قواعد موحدة واضحة فى شأن معاملة افراد تلك الوفاة . ولذا سعت الجمعية العمومية للأمم المتحدة — عن طريق لجنة القانون الدولى — إلى سن معاهدة تتضمن قواعد يتفق عليها .

والتاريخ الإسلامى مليء بصور من الوفاة الخاصة بدءاً برسولى مسيلمة الكذاب إلى محمد ﷺ ماراً بالوفود التى وقفت على الخلفاء الراشدين وانتهاء إلى مانشهده اليوم . وقد خلط الفقه الإسلامى بين المركز القانونى للوفود الخاصة وبين المركز القانونى للبعثات الدائمة ولذا استعار أحكام الحصانات والامتيازات المتعلقة بالوفود الخاصة وطبقها على البعثات الدائمة ، وهذا ماألجت إليه من قبل ورفضت متابعته فى دراسة حصانات وامتيازات البعثات الدائمة دون تمحيص ودراسة .

صحيح أن السفارات المؤقتة والدائمة قد تشترك فى المواصفات التى يجب تحريها فى الرسول را الأغراض التى تستهدفها السفارة ومراسم استقبال المبعوث . ولكن الأساس قد يختلف ذلك أن الفقه التقليدى عرف السفارة المؤقتة وناقش أحكامها ولذلك فأن ماورثناه من آراء فى هذا الخصوص له حججه على عكس الأمر بالنسبة للسفارات الدائمة فهى صورة مستحدثة للسفارة لم

يكن الفقه التقليدي على بينة من أمرها ولذا فإن أحكامها تحتاج إلى اجتهاد ولا يمكن أن نكتفى في شأنها باجتهاد الفقه التقليدي . ومن ثم فإن عرضي في شأن السفارة المؤقتة هو ملخص لما قاله الفقه التقليدي في حين أنني فتحت لنفسي باب الاجتهاد في شأن أحكام السفارة الدائمة .

ويشترط الفقه الإسلامي في الرسول صفات ومؤهلات معينة أولها الصفات الجسمانية كتمام القدر وامتداد الطول وفصاحة اللسان وقوة الجنان . وقد قال الجاحظ في الشعراء « وليكن الرسول صحيح الفطرة والمزاج ذا بيان وعبرة ، وبصيرا بمخارج الكلام ووجوهه مؤديا لألفاظ الملك ومعانيها ، صدوق اللهجة ، لا يميل إلى طمع ، حافظا لما حمل » .

والعادة أن يرسل مع السفير حاشية تناسب مع أهمية المهمة وخطورة الدولة المتبعث لديها .

ويجمع الفقهاء على عدم جواز التعرض للسفراء والرسول الذين يصحبونهم فهم يتمتعون بالأمان في اشخاصهم واعتبارهم وأموالهم وأسرهم وحاشيتهم حتى الخدم والعبيد وتعتبر أية اهانة تلحق بأحدهم كأنها موجهة إلى السفير أو الرسول نفسه ..

وبقول الفقهاء ان الولاة إذا مالتوا رسولا يسألون عن اسمه فإن قال أنا رسول الملك بعثني إلى ملك العرب وهذا كتابه معي وماعى من الدواب والمتاع والرقيق فهدي له فإنه يصدق ولا سبيل عليه ولا يتعرض له ولما معه من المتاع والسلاح والرقيق والمال . وهذا معناه أن الرسول في بعثة مؤقتة لا يحتاج إلى أمان مسبق قبل أن يصل أرض المسلمين . ولو أن الدولة الإسلامية كانت تزود سفرائها بأوراق اعتماد صادرة على لسان الخليفة للتعريف بالسفير وصفته ولقبه ومركزه .

وتختلف النظرة الإسلامية هنا عن النظرية المعاصرة لأن الفقهاء المسلمين يرون أن يسأل السفير أو الرسول جنائيا ومدنيا عما يرتكبه من أعمال في دار

الإسلام لأن الشريعة الإسلامية لا تجيز اهدار حقوق الأفراد أيا كان الاعتبار .
والسفير أو الرسول بصفته مستأمنًا أو جارا يخضع لاحكام الشريعة الإسلامية .
ولكن من الفقهاء من يميز اعفاء المستأمن (الجار) — وتبعاً للسفير أو الرسول —
من المسئولية الجنائية التي تتعلق بالحق العام — أى حقوق الله — كما يرى بعض
الفقهاء المحدثين اعفاء المستأمن (الجار) والسفير من العقوبات التعزيرية لأن
تقدير تلك العقوبات من حق ولي الأمر .

ويرى بعض الفقهاء المعاصرين اعفاء السفير من الخضوع للقضاء المدني على
أن تعوض الدولة رعاياها عما يلحقهم من أضرار وضياع حقوق بسبب هذه
الحصانة ، وذلك إذا لم يتمكنوا من مطالبة السفير بها أو مقاضاته .

كذلك يرى الفقهاء المسلمون اعفاء الرسل من الرسوم والضرائب كالرسوم
الجمركية والعشور إلا إذا كان ما يملكه الرسول من متاع عروضاً للتجارة .
ويجوز للإمام ، كما قدمت ، أن يعفى السفير من الضريبة المفروضة على العقار .
وعلى كل فإن المعتبر فى كل ذلك هو العرف والمعاملة بالمثل .

المبحث الثاني في النظام القنصلى

تمهيد :

كانت التجارة ولا زالت عاملا فعالا فى توطيد العلاقات بين الامم فلا غرو أن تتجه الجهود إلى توفير وسائل رعايتها والعمل على تنميتها . ولا ختل فى أن النظام القنصلى يسهم اليوم بنصيب وافر فى هذا المجال ، وقد مر على مدى العصور بتطورات تسعى إلى اضافة مزيد من الفعالية عليه حتى انتهى إلى ما انتهى اليه .

ويزعم الغريون — وتلك عادتهم فى الحرص على نسبة الفضل دائما لانفسهم — أن البذور الأولى التى نبت منها النظام القنصلى تعود إلى الجماعة الاغريقية التى عرفت نظاما لاشخاص عرفوا باسم proxéne يختار الاجنبى واحدا منهم اثناء اقامته فى البلد الاغريقى لحمايته ولتقديم النصيحة اليه . ولا اخال هذا النظام الاغريقى غريبا على العرب فقد عرف عندهم فى صورة « الاجارة » « المنع » حيث يحير العربى الغريب قيامن بالاجارة على نفسه وتمنعه من أن يعتدى عليه . ولكنى اجد صعوبة فى الربط بين النظام — الاغريقى وبين النظام القنصلى المعاصر فهو أقرب إلى منح الملجأ منه إلى رعاية المصالح التجارية التى تدرج فى الإسلام تحت باب الأمان الذى يؤمن النفس والمال .

وان صح ان هناك أصلا تاريخيا للنظام القنصلى يتقارب معه فى السمات ويدل اليه بالامارات فان هذا الاصل ولدى عند العرب واستقام على يد المسلمين .

ان الفضل فى الارهاصات الاولى لهذا النظام انما يرجع إلى اهتمام العرب

عموما وقريش على وجه خاص بشئون التجارة . فقد بلغ من اهتمام قريش بالتجارة انهم كانوا يسIRON رحلتين كل عام : رحلة الشتاء إلى اليمن ورحلة الصيف إلى الشام . ويحكى التاريخ أن عبد مناف كان له ابناء أربعة دأبوا على الارتحال إلى البلاد المجاورة لتأمين مصالح التجارة ، ولعل هؤلاء هم أول من عرف التاريخ — فى حدود ماأعلم — كأناس يؤدون المهمة القنصلية فكان هاشم يتوجه إلى الشام وعبد شمس إلى الحبشة والمطلب إلى اليمن ونوفل إلى فارس .

وكان تجار قريش يختلفون إلى هذه البلاد فى ذمة هؤلاء الاخوة الاربعة لا يتعرض لهم أحد بسوء . وكان كل منهم يأخذ من ملك البلد الذى يقصده أمانا له فكان هذا أشبه بالعلاقات القنصلية من أمراء مكة وغيرهم من الملوك . وفى ذلك يقول القرآن الكريم « لا يلاف قريش ايلافهم رحلة الشتاء والصيف » . (راجع الألوسى — سبائك الذهب فى معرفة قبائل العرب ، بغداد سنة ١٩٨٠ هـ ، ص ٦٩) .

« وقد استطاع العرب منذ أواخر القرن الثانى للهجرة — أن يستقروا فى ميناء خاتقوا (بضم النون) إلى الجنوب من مدينة شنغهاى الحالية . وكان لهم بسبب تساهل امبراطور هذه البلاد وكرمه قاض مسلم يحكم بينهم وفق أحكام الشريعة الإسلامية ويؤمهم فى الصلاة كما كانوا يتبادلون التجارة مع الصين ويحصلون على جوازات تسمح لهم بالتنقل فى داخل هذه البلاد ابتغاء التجارة مع اهلها » (حسن ابراهيم حسن — تاريخ الإسلام ، ج ١ ، الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٤ ، القاهرة ، ص ٣١٥) .

وكانت هناك علاقات تجارية بين آهالى بخارى والصين . وبعد أن وصل نفوذ العرب إلى نهر سيجون كان التاجر يستطيع أن يذهب إلى الصين دون أن يلقى عقبات من قبل السلطات الرسمية .

وكانت مكة إلى جانب هذا من أهم مراكز الصيرفة فى العالم القديم حيث كان يفد إليها التجار من أرجاء المعمورة وقد يحتاجون إلى المال لسداد ماتتطلبه

تجارتهم فكانت مصارف مكة تقرضهم ما يحتاجون وتؤدي لهم الخدمات التي تؤديها البنوك اليوم (احمد السباعي — تاريخ مكة المكرمة سنة ١٩٧٩ ، ج ١ ، ص ٤٠) .

ولا يستطيع المدقق في اصول النظام القنصلي ، أن يمر على حلف الفضول — الذي أشرت اليه من قبل — دون أن يقف هنيهة ليتأمل هذه الصورة المبكرة لتنظيم متقدم يقر العدل في المعاملات ، لا سيما التجارية منها ، وذلك بغية تشجيع العلاقات التجارية وتدعيم الروابط الاقتصادية ، وتلك هي أهم الغايات القنصلية . وكان اصحاب الحلف هم بمثابة نقابة قنصلية .

« كان نفر من جرهم وقطوراء يقال لهم : الفضيل بن الحارث الجرهمي والفضيل بن وداعة القطوري والمفضل بن قضاع الجرهمي اجتمعوا فتحالفوا ألا يقرؤا بيطن مكة ظالما ولا ينبغي ذلك لما عظم الله حقها ثم ان قبائل من قريش تداعت إلى ذلك الحلف فتداعوا في دار عبد الله بن جدعان لشرفه وسنه وكانوا من بنى هاشم وبنى المطلب وبنى أسد بن عبد العزى وزهرة بن كلاب وتيم ابن مرة فتحالفوا وتعاهدوا الا يجدوا بمكة مظلوما من أهلها أو من غيرهم من سائر العرب الا قاموا معه وكانوا على ظالمه حتى ترد عليه مظلمته فسمت قريش ذلك الحلف بحلف الفضول ، وشهده رسول الله ﷺ فقال عندما أرسله الله تعالى : لقد شهدت مع عمومتي حلفا في دار عبد الله بن جدعان مأحب أن لي به حمر النعم ولو دعيت به في الإسلام لأجبت . وكان بين الحسين بن علي وبين الوليد بن عتبة منازعات في مال كان بينهما والوليد يومئذ أمير على المدينة لعمه معاوية فتحامل الوليد لسلطانه فقال له الحسين : أقسم بالله لتصفني أو لأخذن سيفي ثم لأجلسن في مسجد رسول الله ﷺ ثم لأدعون بحلف الفضول وكان عبد الله ابن زيد حاضرا . وأنا أحلف لو دعا به لأجبت حتى ينصف من حقه أو نموت وبلغ السوء بن مخزومة الزهري فقال مثل ذلك وبلغ عبد الرحمن بن عبد الله التميمي فقال مثل ذلك فلما بلغ الوليد ذلك أنصف الحسين من نفسه حتى رضى » (الكامل في التاريخ لابن الاثير — بيروت سنة ١٩٦٥ ، ص ٤١ — ٤٢) .

تلك لمحات من تاريخ العرب والإسلام تنسب الفضل إلى أهله وتزكى الأساس في سهله فلم تكن البداية عند الإغريق بل عند العرب والمسلمين فهم الذين شقوا الطريق وهدوا السبيل . وفي قاموس لغة التجارة عندهم لقب « شاهبندر التجار » أو « ملك جماعة التجار » الذى ينظم شئون التجار ويفصل فى منازعتهم . وقد نقل الصليبيون — من بين أفضال إسلامية كثيرة عادوا بها معهم — هذا النظام إلى أوروبا . وقد عرفت الدول الإسلامية مسميات أخرى للقنصل مثل « وزير » أو « رئيس دولة » كما كان فى سومطرة ، أو شنج الميناء وهو لقب يدل على العلاقة بين المهمة القنصلية والشئون البحرية ، وتلك علاقة تبدو معقباتها اليوم فى وجود عديد من القناصل فى الموانئ البحرية .

« ولعلنا إذا أردنا شيئا أن نقيم الدليل على أن دافع التجارة كان هو الدافع الرئيس الذى حول الدبلوماسية القديمة (للهواة) غير المحترفين إلى إدارة وخدمة متخصصة ذات ابعاد وأهداف . ان الادارة الدبلوماسية المهنية والدبلوماسيين المحترفين كان فى الاصل جهازا تجاريا وكان للممثلين الدبلوماسيين البريطانيين فى الشرق الاقصى اختصاصات تجارية وقنصلية ولذا احتفظت منتظمات كشركة الشرق (الشركة الشرقية) على حسابها — إلى جانب تأييد الحكومة الأولى — بمبعوثين كان نصفهم من الرسميين (قناصل) والنصف الآخر من التجار ولم يكن هؤلاء التجار يعلمون هل هم خاضعون على وجه التحقيق لمنتظماتهم التجارية أو إلى الحكومة البريطانية » (السفير احمد عبد الحميد — قناصل الدول ، دار المعارف سنة ١٩٧٧ ، ص ٦٠) .

على أن النظام القنصلى لم يبدأ دورته الحقيقية فى فلك القانون الدولى العام الا بعد المعاهدة التى ابرمها الخليفة العثمانى سليمان مع فرنسوا الأول سنة ١٣٩٥ ، فقد احتوت تلك المعاهدة على نصوص تمنح بعض الامتيازات للتجار الفرنسيين فكانت هى البذرة التى تخلق منها النظام القنصلى المعاصر .

وإذا تتبعنا النظام القنصلى بعد تلك المعاهدة نجد أنه سلك مسلكا فى الشرق

غير مسلكه في الغرب ، و مرجع ذلك هو مبدأ طرائق على الدولة في الشرق من
 اضلعت بمقابل القوة التي تبدأت تشرى في الدول الغربية ، ولذا انتهى إلى الشرق
 إلى ما عرفت بنظام الإمتيازات، التي عانت منه كثير من دول الشرق من بينها
 تبصرة إلى أن تمكنت من التحرير من رقبته مؤخرًا ، ثم راجت تجاري الغرب في
 تنظيمه القنصلية ، أما في الغرب فقد تمكنت الدولة من إبرام التطوير ، فكان أمر
 تعيين القناصل يدهلنا بعضا ورأيت صيونه مضاعفها ومصلح برعاها في التطوير .
 وقد انتهت ههنا التطوير إلى الضرورة المعروفة اليوم بالنظام القنصلي الذي لا يستغنى

والقناصل نوعان : قناصل موظفون — أي موظفون لدى الدولة التي
 يرثون بمصالحها وقناصل فخريون وهؤلاء يمارسون مهامهم القنصلية إضافة
 إلى نشاطهم الاحتمالي الذي يتكيفون له منهم معيشتهم ، فيقتربون بالقبيل
 الفخري تاجر أو مهنيًا مثلاً .
 ولما كانت العلاقات التي يقيمها القناصل للدول هي العلاقات الاقتصادية ،
 ولما كان نشاط القناصل يدور حول محور غير سياسي فإن القنصل يختلف
 تبعاً لاختصاصاته لا يتبع بالصفة التمثيلية العامة للدولة التي يشهد على
 مصالحها . ويرجع أمر تعيين القنصل وقبوله إلى السلطات التنفيذية في كل من
 البلد المأصل والاقامة . وقد وجدنا قبل
 هذا يستعمل اعتقاده من الأعباء العامة

تعارض مع قيامه بواجباته القنصلية . والقنصل سر سري يعين سر سري
 من بينهم أفراد أسرته وكذا باقي موظفي القنصلية .
 وثبت قبول القنصل بخطاب يسمى براءة Exequatur .
 D'instaurer « ثابتة » وخلق « D'instaurer » ثابتة »

والحق أنه على الرغم من أهمية النظام القنصلي وانتشاره إلا أنه لما أصبح
 حقا يحوله أو واجبا يفرضه القانون الدولي الأمر الذي لا يتسق مع ما نلمسه
 اليوم من تزايد الترابط الاقتصادي والصناعي بين الأمم .
 ...

النظام القنصلى فى النظرية الإسلامية : مولد النور :

قلت إن النظام القنصلى ارتبط بالتجارة فكان عذيقها الذى ترسم وحاطبها الذى تتجشم . وللتجارة فى الإسلام امارة أى امارة ومن أجلها حفظ الله أم القرى « لا يلاف قريش ايلافهم رحلة الشتاء والصيف » . وكان رسول الهداية تاجرا فى البداية وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « تسعة أعشار الرزق فى التجارة » . وكرم الله اللفظة فى قوله عز وجل « هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم » . فتجارة المال فى الإسلام منجاة من عسف الشتاء وتجارة العبادة منجاة من عذاب النار .

وقد حرص الرسول صلى الله عليه وسلم ، على أن يتخذ من المبادرات الشخصية ما كان بمثابة دفعة قوية تهبىء للتجارة مناخ الازدهار حتى ولو اقتضى ذلك تضحية بشيء من دخل الدولة . فهو الذى ألغى الرسوم فيما بين مختلف رقاع كورته ، وكم من معاهدة أبرمها مع قبائل نصت على هذا الامر . وقد أقر الرسول صلى الله عليه وسلم حلف المطيبين الذى قام على توزيع خدمات الحجاج — من سقاية ورفادة ولواء وندوة بين القبائل . واليه أشار الرسول فى حديثه الشريف « ما كان من حلف فى الجاهلية فإن الإسلام لم يزد إلا شدة » مادام أنه معاهدة على الخير وتأمين لراحة الحجيج . واليه ايضا تشير الآية الكريمة « أجعلتم سقاية الحاج وعمارة المسجد الحرام كمن آمن بالله واليوم الآخر لا يستوون عند الله » (التوبة / ١٩) . فالآية تقر برفعة شأن الحلف بيد أنها رفعة لا ترقى إلى مستوى الإيمان بالله واليوم الآخر ولا يمكن لجاحد أن ينكر أن اللغة العربية قد لقحت لغات الغرب بألفاظ هامة وكثيرة فى شئونها التجارة مثل لفظة « تعرفه » Tariff ولفظة « ديوان » Department .

ويحكى المسعودى انه زار الهند فى العقد الأول من القرن الرابع الهجرى فوجد أن قرابة عشرة آلاف مسلم قدموا من عمان والبصرة وبغداد ومناطق اخرى وأقاموا هناك وكان من بينهم تجار أثرياء مثل موسى بن اسحاق والسندلوى الذى كان بمثابة قاض المسلمين ويلقب باسم Huhermah ، ذلك

أن ملك الهند كان يعين أكثر المسلمين تميزا كرئيس لجماعة المسلمين ويفوضه في شئونهم وكانوا يطلقون لقب بيصر (وجمعه يياصره) على المسلمين الذين ولدوا في الهند . ويبدو أن هذا الوضع كان قائما في دول أخرى مثل الخزر وسريلان وبنغال وكوغة . فقد كانت المجموعة الإسلامية في كل من تلك البلاد تحتكم إلى رؤساء من المسلمين .

ويؤكد الكاتب البرتغالي بارجاروزا Barbgrosa أن الأجانب من المسلمين في كلكتا كان لهم قاض من ديانتهم وأنه كان يوجد هناك قنصل مصرى باسم شاه مصرى (انظر مقالة Moreland, W.H_The Shahbandar in the Eastern Seas, is Jras, London, 1920, pp. 517-33)

وتروى الآثار بأن المسلمين كان لهم في خانفو — ملتقى النشاط التجارى وقتئذ — قاض للفصل في منازعات المسلمين ، وتلك كانت رغبة ملك الصين . وكان ذلك القاضى هو الذى يقوم في الأعياد بمراسم الصلاة بما في ذلك القاء الخطبة والدعاء لسلطان المسلمين .

وقد يستفاد من بعض كتابات محمد بن الحسن الشيبانى أن البضاعة التى يتجر فيها القصر والنسوة تغفى من الرسوم الجمركية في دار الإسلام .

وإذا كانت التجارة عرضا من عروض الدنيا وركيزة من ركائز عمارها فإنها إنما تدخل بذلك اساسا في شئون الدنيا وعندئذ فإن تنظيمها وترتيب شئون ازدهارها إنما يخضع اصلا للتوجيه النبوى الكريم « انتم اعلم بشئون دنياكم » . اننى لا اقصد بهذا أن اجرد التجارة كلية من القواعد التى استنهاها القرآن الكريم والحديث الشريف ولكن هذه أحكام تتعلق بما ينجز به ومع من يكون الاتجار أما الإجراءات التى تتبع لوضع المبادئ الإسلامية موضع التنفيذ والوسائط التى يتم بها تحقيق ماتستهدفه تلك المبادئ على الصعيد الدولى فذلك كله من شئون الدنيا التى يرجع تقديرها للناس فهم الذين يقررون ما هو مناسب لمعايشهم ويتعارفون على ما هو ملائم لمصالحهم وذلك هو المعيار والمبرر والحكم المقرر . ومن ثم فإن تنظيمه بما يحقق الصالح العام يدخل ضمن مايقوم

به الإمام من حقوق الأمة ، فهو سياسة شرعية . والقاعدة العامة في التجارة هي الرضا والبعد عن الغضب والافتراء « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

واحب هنا — حتى لا أترك للمتطعين مجالا — ان اقول اننى اقصد بالتجارة معناها الإسلامى الصحيح فى حدود اطارها الشرعى الملىح .

فإذا كان الامر على ما قدمت فإن النظام القنصلى — بوصفه أداة تركية التجارة الدولية التى من اجلها حمى الله البيت العتيق يكون من شئون الدنيا التى يترك تنظيمها لما يراه الناس — بحسب علمهم — محققا لصالحهم .

رب سائل يسأل عن السبب الذى من أجله بنيت السند الشرعى للنظام القنصلى على أساس يختلف عن الأساس الذى بنيت عليه نظام الحضرتين . والجواب عندى هو أن المصلحة الدنيوية فى النظام القنصلى تكاد تكون هي الغاية بمعنى أن حق العباد فيها غالب فى حين أن المصلحة الدنيوية تتواكب مع المصلحة الدينية فى نظام الحضرتين حيث تتعادل فيما اعتقد حقوق العباد ومقتضيات العبادة . وتوضح ذلك أن للدولة الإسلامية — شأن الدولة عموما — غايات هي السبب فى قيامها Raison d'être ، وغايات الدولة الإسلامية غايات دينية ودنيوية معا ويسهر عليها — فى العلاقات الدولية — ممثلو الحضرتين وأعوانهم من شحنة وموظفين . أما القناصل فيسهرون على بعض تلك الغايات فحسب وهي المصالح التجارية — ومن ثم فإنهم سدنة لجانب من الغايات الدنيوية للدولة الإسلامية . بيد ان هذا لا يعنى ان هناك انفصاما بين النظامين بل العكس هو الصحيح ، فكل النظامين مشمول عن تدعيم العلاقات الدولية غير أن أحدهما يتحمل المسئولية الشاملة والآخر يتحمل جانبا من تلك المسئولية . ولذا أرى أننى يمكن أن أعبر عن هذه العلاقة التى تتركبها النظرية الإسلامية بنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من وفاق فينا التى تنص على أن قبول قيام علاقات دبلوماسية يفترض قبول قيام علاقات قنصلية كذلك . فإذا كان الأمر فى النظام القنصلى أنه شأن من شئون الدنيا التى يترك أمر ترتيبها للناس فإن ذلك يقتضى أن أحكام النظام القنصلى المعاصرة يمكن أن

تترف إلى النظرية الإسلامية وفي قول آخر فإن النظرية الإسلامية ترى في العلاقات القنصلية ماتراه النظرية المعاصرة . وأخذنا بذلك فإننى أستطيع أن أنقل إلى هنا ماتحتويه كتب الفقه الدولى فى شأن تعيين القنصل وقبوله وماله من امتيازات وحصانات ، وحصانة مكاتب وسجلات الدار القنصلية وماله من سلطات ووظائف وأسباب إنهاء الوظيفة القنصلية — وذلك بكل ماتحتويه من خلافات وآراء ليكون فصلا من فصول قانون السلام فى الإسلام . ولكنى لأريد أن أحشو هذا السفر بدراسة تفيض فيها كتب القانون الدولى لأن همى الأساسى هو أن أوضح النظرية الإسلامية فيما تتميز به وتراه .

يبد أن هذا القول يحتاج إلى بعض الضوابط والروابط التى لابد أن تختلف فيها بعض تفاصيل النظرة الإسلامية عن تفاصيل النظرية المعاصرة . وهاكم البيان .

١ — إن ما أسلفت من أن النظام القنصلى نظام يعالج شئوننا دنيوية لا يعنى أنه منفصل عن القاعدة العامة وهى أن كل نشاط حيوى يصدر عن الإنسان هو فى نظر الإسلام مظهر للعقيدة « وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون » وهذا هو المعنى الذى يؤكد الشاطبى بقوله إن « تصرفات المكلفين ترجع إلى معنى العبادة وإن كانت — أى التصرفات — منقسمة إلى عبادات ومعاملات » ، وإنما قصدت إلى أن النظرية الإسلامية فى حدود اصولها العامة تحيل فى تنظيم العلاقات القنصلية إلى ما يراه المسلمون على انه حسن ثم إن التعاون فى المجال الدولى وتبادل المنافع فى دائرة الخير الإنسانى العام وعلى قدم المساواة وتدعيمها للحضارة الإنسانية واجب شرعى لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » ، والخطاب موجه إلى الناس كافة على اختلاف شعوبهم وقبائلهم . وفى الآية الكريمة أن (العمل الصالح) الذى هو مظهر للعنصر الاعتقادى وهو (التقوى) أو هو الوجه العملى لها هو دليل عليها وثمرتها فكان سعيا للتفاضل والكرامة لأنه اساس العمران والحضارة والقوة بلا ريب . فلا فصل اذن بين عنصر الاعتقاد الدينى وبين العمل الدنيوى الحضارى كما

نرى — بل هو روحه فضلا عن ارسائه للأصل الإنساني العام في هذا التشريع » (فتحي الدرينى — خصائص التشريع الإسلامى فى السياسة والحكم ، بيروت ١٤٠٢ — ١٩٨٢ ، ص ٣٠٤ — ٤٠٥) . ولذا فإن النظرية الإسلامية — فيما تقبله من تنظيم قنصلى — لا تغفل مبدأ المنفعة حتى على مستوى الجماعة الدولية لان اساسها هو جلب المصالح ودرء الاضرار والمفاسد وقرارها المصلحة العامة ومقتضياتها فى شئون الحياة . ان لهذا القيد اهميته العملية فلو أن قنصل الدولة الإسلامية دعى مثلا لحضور عرض للازياء خاص بملابس الاستحمام العارية التى تلبسها العارضات اثناء العرض فإن القنصل لا يجوز له عندئذ أن يقبل هذه الدعوة على الرغم من أن غيره من قناصل الدول الاخرى تقبل مثل هذه الدعوة بل ولو كانت دولته تستورد مثل تلك الازياء .

٢ — ان التجارة التى تقرها الشريعة مجالا للنشاط القنصلى هى التجارة التى تسمح بها الشريعة الغراء فتجارة الخمر مثلا أو بيع الخنازير ليس مما يمكن أن يكون نشاطا مسموحا به للقنصل فى علاقات الدولة الإسلامية بدولة اخرى غير اسلامية كانت أم غير اسلامية . وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أباحت أن تقوم مثل هذه التجارة مع غير المسلمين فى علاقاتهم بعضهم البعض الآخر فإن هذا لا يعنى — فى رأى — ان يسمح به للقنصل حتى ولو كان غير مسلم لانه أنما ينطق باسم الدولة الإسلامية ويسهر على مصالحها . كما لا يقبل أن يرعى مصالح رعاياها من غير المسلمين التى تتعلق بتجارة يحرمها الإسلام إذا كان أحد اطرافها مسلما لأن هذا مؤداه أن قوة الدولة الإسلامية تسخر لدعم علاقات يسىء للإسلام انتشارها أو بقاؤها ويتغافل عنها استثناء من قبيل التسامح . وهذا قيد أراه على المهمة القنصلية فى النظرية الإسلامية ليس له مقابل فى النظرية الغربية وسندى فيه هو ما قدمت من أن المهمة القنصلية وإن كانت مهمة دنيوية فى غالبيتها إلا أنها محكومة فى اطارها العام بالمحظورات والزواجر الإيمانية .

وهكذا فإن القنصل الذي يمثل دولة اسلامية ليس له في نصص المواطنين ومساعدتهم وحماية مصالحهم أن يتطرق إلى هذه المجالات المحرمة :

٣ — تسمح الاعراف القنصلية الجارية للقنصل بأن يرفع شعار دولته وبعض الشعارات قد تحمل علامات واشارات ذات مفهوم يناقض الإسلام — كالصليب مثلاً — لا سيما وأن الصليب يشير إلى واقعة كذبها القرآن « وما قتلوه وما صلبوه ولكن شبه لهم » (النساء/١٥٧) ولذا فإن الرأي عندي هو عدم السماح للقناصل بأن يرفعوا شعارا فيه من الرموز مالا تقبله النظرية الإسلامية لان هذا من قبيل الاذن لغير المسلمين بالدعوة العامة في دار الإسلام لمفاهيمهم الالحادية التي ينقضها الإسلام ، وجمهور الفقهاء المسلمين على عدم جواز ذلك . اننا لا نستطيع أن نتكلم هنا عن المعاملة بالمثل لأنى لا أحرم رفع الشعار — من حيث المبدأ — ولكنى أحرم رفع لشعار لما فيه من اثم . ولا يمكن أن تقف الدولة الإسلامية مثل هذا الموقف لان العقيدة الإسلامية خالية من الرموز والاشارات وتبعا فلا يمكن أن نتصور شعارات لدولة اسلامية فيه مالا تقبله عقائد الدول غير الإسلامية — لاسيما الدول الكاثائية . وإذا أردنا أن نبدي بعضا من التسامح ، فإننى أرى — على مضض — جواز السماح برفع مثل ذلك الشعار في مكان غير ظاهر وبطريقة لا تلفت النظر .

٤ — تقوم القاعدة الفقهية الإسلامية على أن بيت المال ولى من لا ولى له ومن ثم فإن وكالة القنصل — فيما أرى — عن المواطن إذا غاب وتمثيله لمصالح الورثة غير المقيمين في دولة الاعتماد هى وكالة قانونية لا يحتاج فيها إلى اذن من المواطن أو الورثة . ان هذا التفويض القانونى للقنصل الذى لا أرى خلافا حوله في النظرية الإسلامية ليس هو الامر المسلم به في النظرية المعاصرة فهناك النظرية الامريكية التي تتفق مع النظرية الإسلامية في ذلك ، وهناك النظرية الفرنسية التي ترى أن كل ما للقنصل هو ان يقدم للمحكمة اقتراحات وتوضيحات تنير العدالة وان يطلب تعيين مدافع يحمى مصالح الغائب . كذلك فإن حكم النظرية الإسلامية واضح في حالة ما إذا توفى شخص دون أن يخلف

ورثة ، فللقنصل ان يتدخل على اساس افتراضى وهو مايسمى بالورثة المزعومين اى عندما لا يكون قد ظهر للمتوفى ورثة بعد الا ان احتمال ظهور ورثة له يعطى للقنصل الحق فى التدخل لحماية مصالح هؤلاء الورثة المجهولين ، ذلك أنه عند عدم ظهور هؤلاء الورثة بصفة نهائية فإن حمايته يفيد منها بيت المال الذى هو — كما قدمت — وارث من لا وارث له . والوضوح الذى تتسم به النظرية الإسلامية فى هذا الخصوص لا يجاريه وضوح مماثل فى النظرية المعاصرة لأن فى النظرية الأخيرة رأى يشترط أن يثبت القنصل الوجود الفعلى لورثة من رعايا دولة الأصل حتى يحق له أن يتدخل فى شئون التركة .

أما الإجراءات التى يجوز للقنصل أن يتخذها لحماية أموال التركة فهى :

- ١ — الإجراءات التحفظية وفى هذا تتفق النظريتان الإسلامية والمعاصرة .
- ٢ — ادارة التركة إذا كان المالك أو الورثة غائبين وتسلمها إذا لم يوجد وارث معلوم . وفى هذا نجد خلافا فى الفقه المعاصر إذ هناك رأى يضيفى هذا الحق على القنصل ورأى آخر ينكره عليه . ولكن هذا الخلاف غير قائم فى النظرية الإسلامية .

يبد أن حق القنصل فى التدخل لا يعنى — سواء فى النظرية الإسلامية أم فى النظرية المعاصرة — حرمان الورثة من التدخل شخصيا أو بواسطة ممثل أو ممثلين لهم لأن تقدم الورثة لممارسة حقوقهم يسقط عن القنصل الحق فى التدخل ذلك أن تدخل القنصل لم يتقرر إلا لحماية الورثة .

تلك لمحة خاطفة عن النظام القنصلى لايعيبها إلايجاز لأن النظام القنصلى لا يزال — حتى فى النظرية المعاصرة — من الموضوعات التى تفتقر إلى مزيد من الدراسة والتعمق . والنظام القنصلى — كما أسلفت — هو من مجالات التكامل بين النظرتين الإسلامية والمعاصرة .

الفصل الرابع فى الضمان والاستخلاف الدولى

المبحث الاول فى الضمان (المسئولية)

عجالة عن المسئولية فى الفقه الدولى الوضعى :

المسئولية فى القانون الدولى قد تكون مسئولية عادية (مدنية وادارية) وقد تكون مسئولية جنائية . بيد أن الذى يستهم هذه الدراسة هى المسئولية المدنية فحسب ذلك أن المسئولية الادارية هى من موضوعات التنظيم الدولى أما المسئولية الجنائية فمجال الكلام عنها هو الجريمة الدولية وهذه تخرج فى تفصيلها عن نطاق هذا السفر فضلا على أن المسئولية الجنائية لازالت من بين النقاط غامضة العلامات شاحبة الملامح .

ويقصد بالمسئولية المدنية — إن صح التعبير — الالتزام الذى يفرضه القانون الدولى على الشخص الدولى بحجب الضرر لصالح من كان ضحية تصرف أو امتناع . وصور المسئولية المدنية فى الفقه الدولى الوضعى أربعة :

١ — المسئولية الخطأية :

وهى تبنى على خطأ الشخص أى ثبوت توافر الخطأ فى قصد المسئول ، وفى قول آخر أن يكون المسئول قد قصد ارتكاب الخطأ عمدا . ويؤخذ على هذه النظرية — على الرغم من أنها لازالت هى صاحبة الغلبة فى الممارسة الدولية — أن الخطأ الشخصى عنصر يصعب تحريه ووضع ذهنى يتعذر التثبت من توافره لاسيما فى العلاقات الدولية .

٢ — المسئولية الموضوعية :

وتقوم على الخطأ الموضوعى بمعنى أن يقاس الخطأ بمعيار موضوعى . ولعل أقرب معيار موضوعى هو المعيار الموضوعى الذى يزن الامور بميزان رب الاسرة حسن الادارة .

والراجع فى الفقه الدولى الموضوعى أن أحكام هذه المسئولية لا تغطى حالة اساءة استعمال الحق بدعوى أنها لا تعتبر بمثابة انتهاك لالتزام فى رأى هذا الفقه .

ويذهب فريق من الفقهاء إلى أن الخطأ الموضوعى يغنى بذاته فى اقامة المسئولية بغض النظر عما إذا كان قد تحقق عنه ضرر أم لم يتحقق أى ان اصحاب هذه النظرية ينظرون إلى ضمان الدولة على أنه ضمان بالحرص والعناية وليس ضمانا بالأمن فإذا أتت الدولة تصرفا غير مشروع دون حرص وعناية كان ذلك مبررا لمسئوليتها ولا يدفع عنها المسئولية الا أن تثبت انها استخدمت كل مافى امكاناتها من قدرات المنع والوقاية .

٣ — الفعل غير المشروع :

وتكتفى فى التصرفات بأن يكون مخالفا للقانون ولا ضرورة لاشتراط أن يكون قد تم بطريق الخطأ أو الإهمال ، أى انها تأخذ بمسئولية تقوم على مجرد علاقة سببية بين نشاط الدولة غير المشروع وبين الضرر المتحقق . وتسأل الدولة عن الضرر مادام أن الفعل غير مشروع حتى ولو التزمت بالحرص طبقا للأنماط المطلوبة للحبيطة . ولا ينفى هذه المسئولية الا أن تثبت الدولة أن الضرر يعود إلى فعل الغير أو الى قوة قاهرة .

٤ — نظرة المخاطر :

أى المسئولية المطلقة إذ تسأل الدولة هنا عن الضرر الذى يتسبب عن نشاطها حتى ولو كان الفعل مشروعا وراعت فيه الأنماط المطلوبة للحرص والحبيطة أى أنه يكفى هنا مجرد اثبات علاقة سببية بين الفعل والضرر . ولذا إن

المسئولية طبقا لهذه النظرية تقع على عاتق المتسبب الأول اذ يجرى تتبع المسئول إلى أن نصل إلى الفاعل الاول ولذا يطلق عليها الغربيون مسمى مبدأ channelling وهو ما أعربه بمبدأ « العنينة » . والحق أن هذه النظرية لازالت تفتقر إلى ساق تقف عليها في الفقه الدولي وتطبيقاتها العملية قاصرة حتى الآن على النصوص الاتفاقية التي يقبل بمقتضاها الاطراف الأخذ بأحكام نظرية المخاطر ، ولعل مجالها الواقعي الآن هو النشاط الذري .

الضمان في النظرية الإسلامية : عرض عام :

يمكن أن نميز في الشريعة الإسلامية بين ثلاثة انواع من المسؤولية : الدينية والاخلاقية والقانونية . وان القرآن ليذكر تلك الفئات مجتمعة في قوله تعالى : (ياايها الذين آمنوا لا تخونوا الله ورسوله وتخونوا اماناتكم وانتم تعلمون » (الانفال / ٢٧) . ولكن الذى يعنينا في هذه الدراسة هي المسؤولية القانونية . وهنا نقرر أن الحقوق لا تشرع للاضرار بالناس ، انما شرعت لمصالح تتحقق بها أو تؤدي اليها ولذا كانت لكل حق شرعيته مادام غير مؤد إلى ضرر بغير صاحبه . فإذا ادى إلى ضرر أحد من الناس سلبت عنه شرعيته وأصبح التمسك به والتصرف بمقتضاه اعتداء ، وعلى هذا الاساس بنيت أحكام المسؤولية في الإسلام .

ولكن الباحث في أحكام المسؤولية في النظرية الإسلامية لا تكاد تقع عينه على مصطلح « المسؤولية » في كتابات الفقهاء التقليديين ، فهم يستخدمون مقابل ذلك مصطلح « الضمان » ومشتقاته .

والضمان في اللغة يعنى الالتزام والتعهد والكفالة ودخول الشيء في شيء واحاطته به واشتقاقه من « الضمن » وليس من « الضم » لاختلافهما مادة ولغة ، إذ الضم قبض شيء إلى شيء وجمعهما (على الصافي — الضمان في الفقه الإسلامى ، نجف ، سنة ١٩٧٥ ، ص ٢٩ — ٣٠) .

ولم يرد لفظ الضمان في القرآن الكريم وإنما تردد في بعض الاحاديث

الشريفة فجاء في قسم منها بمعناه اللغوي كقوله ﷺ « من تطلب ولم يعلم منه طب فهو ضامن » وقوله « الخراج بالضمان » (الصافي — المرجع السابق ، ص ٣٣) . وجاء في قسم آخر بمفهومه الفقهي ومن ذلك قوله ﷺ :

١ — روى العمان بن بشير أن الرسول قال « من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت يده أو برجل فهو ضامن » .

٢ — روى أنس أن بعض أزواج النبي أهدي إليها طعاما في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلفت ما فيها فقال الرسول : طعام بطعام وأناء باناء .

استند الفقهاء في التدليل على شرعية الضمان بهذه الأحاديث وبأحاديث أخرى كقوله ﷺ « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا أو لاعبا وإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه . هذا فضلا على أن الضمان وسيلة من وسائل حفظ المال وصيانة الحقوق . ومن المبادئ الإسلامية المستقرة أنه لا ضرر ولا ضرار .

والفرق بين الضرر والضرار هو أن الضرر فعل الشخص الواحد والضرار فعل الاثنين فأكثر . وقيل الضرر هو أن تضر من غير أن تنفع والضرار أن تضر وتنفع انت به وقيل الضرار الجزاء على الضر فالضر يكون اعتداء والضرار جزاء له . .

ويستعمل أكثر الفقهاء كلمتي « الضمان » و « الكفالة » على انهما كلمتان مترادفتان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس . كما يستعملون لفظ « الضمان » فيما هو من ذلك وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد (أى باعتداء) . غير أن الضمان عند الشيعة الامامية ينصرف إلى ضمان المال فحسب أما الكفالة فهي ضمان النفس عندهم .

وحرى بالذكر أن لفظ « الكفالة » قد ورد في القرآن الكريم كقوله تعالى « وكفلها زكريا كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا » (آل

عمران / ٣٧) . ولعل ورود لفظ « الكفالة » في الكتاب الكريم بمفهوم يغلب عليه التعهد بالنفس هو الذى زكى عند بعض الفقهاء التفرقة بين الضمان والكفالة واختصاص الكفالة بضمان النفس .

والضمان فى المفهوم الفقهى الأعم هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أدائه شرعا عند تحقق شرط أدائه سواء أكان مطلوبا أدائه فى الحال كالدين الحال أم فى الاستقبال كالدين المؤجل إلى وقت معين .

وقد عرف بعض الفقهاء « الضمان » بأنه واجب رد الشيء أو بدله عند تلفه (على الخفيف — الضمان فى الفقه الإسلامى ، معهد البحوث العربية ، القاهرة ، ص ٥ — ٦) .

والضمان بالمعنى الذى اسلفت أوسع من مدرك المسئولية فى الفقه الوضعى لان الضمان هو شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به إن تحقق شرط طلبه فإذا لم يتحقق الشرط فإنه لا يطلب ، ومن ثم فهو أعم من الدين لأن الضمان لا يستتبع حتما مطالبة الضامن بما يشغل ذمته وإنما يستتبع المطالبة فقط عندما يتحقق شرط وجوب الاداء . فالمرتهن مثلا يعد ضامنا للعين عند الحنفية ولكنه لا يطالب مادام الرهن فى يده ولذا يقولون إن كل مدين ضامن وليس كل ضامن مدينا . كذلك فإن اصطلاح « الضمان » أقرب فى التعبير عن الناحية المالية — من اصطلاح « المسئولية » لما يبرز فى لفظة « المسئولية » من معنى الجزاء . ولعل هذا هو الذى دفع فريقا من الفقهاء إلى التفرقة بين ضمان الفعل (الذى يرتب الجزاء) وبين ضمان العقد (الذى يرتب الالتزام) كما اوضح فيما يلى . (الصافى — المرجع السابق ، ص ١٤) .

ولابد لكى تقوم المسئولية فى النظرية الإسلامية من أن يكون المسئول قد علم مسبقا بأحكام المسئولية « وما كنا معذيين حتى نبعث رسولا » (الاسراء / ١٥) . ويقول الرسول ﷺ « رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبتلى (المجنون) حتى يبرأ ، وعن الصبي حتى يكبر

(يجتلم) « ويبدو أن المقصود بالعلم هنا العلم الجماعي لا العلم الفردي لان الفقه يقر بصيغة تقول «لاعذر لاحد بالجهل في دار الإسلام» ، ولعل الحكمة التي يقوم عليها هذا المبدأ هي أن الشريعة الإسلامية قد ذاع أمرها وأصبح في إمكان المرء أن يعلم بأحكامها . بيد أنني أرى أن تطبيق هذا المبدأ على عموميتته يحتاج إلى شيء من التحديد لان ما ذاع وانتشر هو عن المفاهيم العامة أما تفاصيل الاجتهاد الفقهي فأمر يتطلب علما خاصا لا يتوفر للعامة ولا يسهل أن يتعرفوا عليه ولذا فإنني أرى أن ما يقوم به « الضمان » على الرغم من الجهل بالاحكام هو ما يتعلق بالاساسيات أما التفاصيل فالضمان لا يتوفر بها إذا كانت قاصرة في ذهن الضامن لحظة العمل . ومن ثم فإن ترك مأمورا أو آتى فعلا فيه اتلاف فانه يضمن ولا يقبل منه الدفع بعذر الجهل لان المأمور والاتلاف من الرئسات في الاحكام .

كذلك يجب أن يكون اراديا أى أن يصدر العمل عن المسئول باراداته ولذا يستبعد الفقهاء العمل اللا إرادى من مجال المسؤولية .

اسباب الضمان :

اختلفت مناحى الفقهاء في بيان اسباب الضمان ولم يظفر منهم هذا الموضوع ببحث مستقل ولذا تباينت عباراتهم وتعددت مصطلحاتهم عند الكلام على اسباب الضمان فهم يذكرون مثلا الزام الشارع ، والعقد ، والاعتداء ، والاتلاف ، والغصب ، والتفويت ، والتعيب ، والتغيير ، واليد ، والشرط ، والحيلولة بين المال وصاحبه ، والغرور ، والتسبيب .

والحق أن هذه التعبيرات انما تتداخل معانيها وتتشابه مدلولاتها . ولكن نظرة فاحصة فيها تنتهى إلى أن بعضها يصلح أن يكون سببا عاما وبعضها الآخر يصلح أن يكون ضوابط لذلك السبب . ولعل خلاف الفقهاء هنا يرجع أساسا إلى اختلافهم في فهم الدليل الواحد وكيفية الاستدلال به ، الأمر الذى ساعد عليه أن الشارع لم يحدد بعض المفاهيم وانما ترك ذلك للعرف والتطبيق .

وتلك حقيقة يشهد عليها أكثر من دليل فيما يلي من عرض . وأمثلة لها الآن
بمثل يعين على توضيح ما أقول :

إذا نزع شخص بشرا مملوكة لآخر حتى يست لا يكون ضامنا عند من
يرى أن مالك البئر لا يملك ماءه ويكون ضامنا عند من يرى أن صاحب البئر
يملك الماء .

ولذا فإنى أرى أن تبسيط العرض وحسن توضيحه يقتضى أن ننتقى من بين
الاسباب المتعددة التى وردت على لسان الفقهاء ما يصلح حقا أن يكون سببا
جوهريا ثم نجمع تحت كل تصور ضوابطه .

أقسام الضمان :

يمكن أن نقسم الضمان — من حيث تحققه — إلى قسمين رئيسين :

١ — ضمان العقد أو الانشاء .

٢ — ضمان الفعل .

٣ — ويضيف الفقهاء قسما ثالثا هو اليد ، ذلك أن اليد — أى الحيازة —
قد تكون يد أمانة لا توجب على صاحبها الضمان ، وقد تكون يد ضمان
توجب الضمان عند تلف المال المحتاز أو نقصه . ويعرف بعض الحنابلة يد
الامانة بأنها ما كانت عن ولاية شرعية ولم تكن لصاحبها مصلحة خاصة أما إذا
كانت لمصلحة صاحبها خاصة كيد المستعير فإنها تكون يد ضمان (كشف
القناع ، ج ٢ ، ص ٣٣٦) . ويلاحظ على هذا التعريف ان يد الامانة قد
تكون أحيانا لمصلحة صاحبها كيد البائع بعد أداء الثمن ولذا يفضل البعض
تعريف يد الامانة بأنها ما كانت عن ولاية شرعية ولم يدل دليل على ضمان
صاحبها وماعداها يد ضمان . ويرى آخرون أن اليد الضامنة هى اليد العادية أو
غير المأذونة أو المأذونة من غير ائتمان (الصافى — المرجع السابق ، ص
٣٦٨) .

ولما كانت اليد في نظري هي من ضوابط الضمان وليست من أسبابه فاني اقتصر في العرض على ضمانى العقد والفعل .

ويحلولى هنا أن اضيف أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في اسلوبهم في التعبير عن الضمان عن اسلوب الفقهاء الوضعيين . ذلك أن فقهاء المسلمين يعبرون عن الاخلال بأحكام النظرية الإسلامية باصطلاح « المخالفة » أو مافى معناه ثم يتبعونه بما يصفونها من أنها مخالفة قانونية أو اخلاقية أو ما إلى ذلك ، أما الوضعيون فيغفلون المسئولية الادبية ويقسمون المسئولية إلى مدنية وادارية وجنائية . بيد أن هذا خلاف في المبنى وليس خلافا في الجوهر والمعنى .

الفرق بين ضمان العقد و ضمان الفعل :

ضمان العقد ما يتوقف وجوده على تحقق عقد (داخلى أو دولى) او انشاء . أما ضمان الفعل فهو ما يتوقف على فعل خارجى كغصب مال الغير أو اتلافه .

والفرق بين ضمان العقد و ضمان الفعل :

١ — ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله و ضمان الفعل مرده المثل أو القيمة (الاشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٢٧٧) .

٢ — يحتاج ضمان العقد فى تحقيقه إلى انشاء ، أما ضمان الفعل فيقوم على فعل لا على انشاء .

٣ — ضمان العقد قد يكون ذا ثلاثة أركان أو أربعة أركان . فإن كان عقدا أصليا فأركانها ثلاثة هي مضمون ومضمون له وضامن . وإن كان عقدا تبعا فأركانها أربعة هي — إلى جانب الأركان الثلاثة — ركن المضمون عنه كعقد الضمان حيث يضمن الضامن دين غيره . أما ضمان الفعل فينحصر فى ثلاثى الأركان .

٤ — يقوم ضمان العقد على الرضا والاتفاق الذى تضمنه العقد بقصد منفعة المتعاقدين حسب رغبتهما ولذا يسقط فيه اعتبار التفاوت بين البديلين لانه يرد على العين دون أوصافها .

أما ضمان الفعل فتراعى فيه أوصاف التالف عند التقدير ولذا تجب فيه مراعاة المساواة في القيمة ولا تجوز فيه زيادة أحد البدلين على الآخر ويجبر فيه من يأني المساواة في البذل على قبوله ، فهو يرد على العين وعلى أوصافها .

١ — ضمان العقد (المسؤولية العقدية) :

تنقسم العقود — داخلية كانت أم دولية — في حكم الضمان إلى قسمين :
أ — عقود شرعت لافادة الضمان ، فالضمان حكم لها وأثر كعقد الكفالة .

ب — عقود شرعت لافادة حكم آخر غير الضمان ، ولكن الضمان يترتب عليه أثرا لارما لحكمه كعقد البيع ، أو اثرا لاشتراط شرط صحيح فيها أو لاشتراط فرضه العرف .

وقد حدد الفقهاء العقود الاصلية التي يترتب عليها الضمان في البيع والاجارة والنكاح والطلاق بعوض والخلع والصلة والكفالة (والعارية عند الشافعية والحنابلة) . واتفقوا على أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده ، كما أن كل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده . ولكني أرى أن عموم أدلة الضمان بالعقد أو بالشرط كاف في صحة الاخذ بالضمان حتى فيما لم يسم من عقود . وفي قول آخر فإن الضمان عندى يصح — من حيث المبدأ — في العقود غير المسماة كما يصح في العقود المسماة .

وما يضمن ضمان العقد هو مانص عليه في صلب العقد (الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٧٧) . فإن كان الضمان متعلقا بمال فإن الذمة تشغل به ، كما في ضمان الدين . والمال في الرأى الذى اعتمدته هو « ما رغب فيه العقلان وتنافسوا عليه » (الصافي — المرجع السابق ، ص ٣٦٩) ، وقد تكون ماليته ذاتية كما في ذات الطعام ، أو مجعولة كما في اعتبار الدولة قيمة لنقودها . وينصرف تعبير المال هنا إلى الاعيان والمنافع .

أما إذا كان متعلقا بعمل كما في التزام الاجير بالعمل وامتنع الملتزم عن الوفاء به فإنه يجبر عليه ولا يرى الفقهاء هنا أن الضمان يعد تعويضا لان الضرر لا يتمثل في مال كان قائما . فإن ترتب على الامتناع تلف للمال وكان العمل وقاية للمال لزم الصامن التعويض باداء قيمة ماتلف . ولكن الضمان هنا ضمان اتلاف بسبب امتناع الملتزم عما التزم به امتناعا كان فيه متعديا ، وليس ضمان عقد .

ويطيب لي ان انبه إلى أن ضمان العقد في النظرية الإسلامية يختلف عن المسؤولية في القانون الوضعي ، ذلك ان ضمان العقد هو ضمان مال تلف ، بناء على عقد اقتضى الضمان . أما المسؤولية العقدية فهي تعويض عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه ويكون ذلك بالتنفيذ عينا ان امكن او نقدا ان تعذر التنفيذ العيني . أما النظرية الإسلامية فلا تبيح الزام الممتنع عن التنفيذ بمال على وجه التعويض عما أحدثه من ضرر لا يتمثل في فقد ماله لان القاعدة الشرعية هي عدم جواز أخذ المال الا تبرعا أو في مقابلة مال أخذ وأتلف ، والا كان أكلا للمال بالباطل ولم يستثن الفقهاء من ذلك الا الاجارة نظرا للضرورة وما تقتضيه المصلحة العامة .

وهكذا فإن النظرية الإسلامية ترى في ضمان العقد غير ما يراه الفقه الوضعي في المسؤولية العقدية ولا ترتب التعويض على الضرر الادبي .

ولا يفوتني هنا ان اوضح ان نظريتي في المعاهدة — كتشريع دولي — تجعلني لا أقر بتطبيق أحكام ضمان العقد على المعاهدة لان المعاهدة ليست عقدا بالمعنى الفني للعقد — كما أوضحت من قبل — ومن ثم فإن مخالفة المعاهدة هي مخالفة لاحكام التشريع الدولي وتندرج عندى في النظرية الإسلامية تحت الزام الشارع .

أما ضمان العقد في النظرية الإسلامية فيطبق على العقود الدولية التي تبرمها الدول لتحقيق مصالح متقابلة يقف طرفاها كصاحب حق مقابل حامل التزام ،

ومثال ذلك عند القرض الدولى الذى تبرمه دولتان تقرض احدهما بمقتضاء
للأخرى مبلغا من المال مثلا .

٢ - ضمان الفعل (المسئولية التقصيرية) :

لضمان الفعل وجهان رئيسان : الزام الشارع بضمان ، والفعل الضار —
واتناول كلا بكلمة موجزة ذلك اننى اسعى من وراء الكلام عن الضمان إلى
بيان الأحكام العامة فحسب أما التفاصيل فإنى أحيل فيها لمن عالجها من الفقهاء
باسهاب .

أ - الزام الشارع بنص :

اى يكون هناك نص يرتب الضمان وينظم أحكامه مثل ضمان مايجب من
النفقات بوجه عام أو ضمان قيمة صيد الحرم عند الاعتداء .

فإذا حدد الشارع قدر هذا الضمان ، فإنه يكون صورة من صور الضمان
التي تخرج عن دراستنا هنا إذ هو من قبيل العقوبة التي لا تختلف باختلاف من
أصابه الضرر ولا باختلاف الاثر المترتب على الضرر . وفلسفة ذلك أن الناس
جميعا متساوون فى حق الحياة ومن ثم فان من يعتدى على هذا الحق يكون
ضامنا قبل المعتدى عليه ويكون ضمانه واحدا من حيث التقدير — أيا كان
شخص المعتدى عليه وأيا كانت معقبات الاعتداء على المضرور .

صحيح أن الضمان حكم ولا حكم الا للشارع ومن ثم فإن اسباب
الضمان جميعا انما تعود إلى أمر الشارع . غير اننا فى تصنيف الضمان نفرق بين
الزام الشارع المباشر الذى ينصب على الملتزم به ابتداء وبين الالتزام الذى
يترتب على سبب وعندئذ يضاف الضمان إلى هذا السبب ويكون هو موجه
وان كان مرده فى النهاية إلى الزام الشارع (على الخفيف — المرجع السابق ،
ص ١٤) .

ب - الفعل الضار :

ويراد به كل فعل حسي يترتب عليه ضرر سواء ترتب بالطريق المباشر أم بطريق التسبب أى سواء كان الضرر نتيجة مباشرة أم نتيجة غير مباشرة .
ويكون بطريق مباشر إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر كأن يعمد انسان إلى اثناء لغيره فيكسره .

ويكون بطريق التسبب إذ فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى اليه دون أن يمنع نسبة الضرر اليه ، كما إذا حفر انسان حفرة في طريق عام سار فيه حيوان فتردى فيها فتلّف (الخفيف - المرجع السابق ، ص ٤٠) .

أما إذا نقصت قيمة العين المغصوبة بسبب تغير الاسعار فإن الغاصب لا يضمن النقص إذا رد العين بعد ذلك لان النقص لم يكن نتيجة مباشرة ولا نتيجة بطريق التسبب للغصب .

والقاعدة أن الشخص يضمن ما يترتب على نقله وتركه أو عدم حيطته من ضرر سواء كان الفعل محل المسؤولية عمدا أم خطأ، والعمد في أموال الناس سواء ، اى أن الضرر يوجب الضمان سواء كان العمد بشبهة أم بغير شبهة .
يبدأنهم يميزون في العمد بشبهة نوعين من التفسير المسوغ هما : « التأويل القريب » وهذا يدفع المسؤولية ويعذر المسئول ، والآخر هو « التأويل البعيد » وهذا يقيم المسؤولية ويدان المسئول . والعمد بالتأويل هو الذى ينصب على قيمة النشاط ومغزاه وليس على موضوعه ولذا فهو ليس خطأ بالمعنى الفنى للفظ وإنما هو قريب من الخطأ .

وحرى بالذكر ان من الفقهاء من ينتقد هذا المسلك الذى يقيم المسؤولية على الضرر فحسب ويأخذ عليه تغاليه فى الاخذ بالمفهوم الموضوعى للمسؤولية .
ولعل هذه النظرة التى تصبح فيها الذات وحدة حسائية هى الاكثر اتفاقا مع حاجات الجماعة الدولية المعاصرة لاننا لا نحكم فيها على السلوك الدولى تبعا

لضمير الدول وإنما تبعا للمعيار الغالب ، اى كما نقول الآن بمعيار « رب الاسرة حسن الادارة » .

واستطيع على هدى مما سلف ان اقول ان عناصر المسؤولية هى :
١ — الفعل . ٢ — الضرر . ٣ — علاقة سببية بين الفعل والضرر .
وأتناول كلا من هذه العناصر واحدا بعد الآخر .

أ — الفعل :

يجب في القعل المباشر أو غير المباشر الموجب للمسئولية أن يكون :

١ — حسيا فإن كان فعلا نفسيا فلا ضمان بسببه فاذا رأى شخص نارا تحرق مالا لغيره وكان فى قدرته اطفائها ولم يفعل فلا ضمان عليه ذلك أن الصلة بين فعل الممتنع والضرر ليست مباشرة ولا هى عن طريق التسبيب لأن التسبيب انما يتحقق إذا نتج التلف عن فعل سابق على الضرر ، والامتناع لم يؤد هنا إلى فعل كان من نتيجته التلف .

إن هذا الشرط يثير خلافا بين الفقهاء بالنسبة للتصرف السلبى اى حيث يتحقق الاتلاف نتيجة ترك فعل لو أنه حدث ماكان هناك اتلاف . فقد قدمت فى المثل السابق ان الفاعل لا يضمن فى حالة الترك . وهذا هو رأى الحنفية لان مناط الضمان هو الاتلاف وذلك انما يتحقق بفعل ما يترتب عليه التلف ولا يكون ذلك الا بفعل وجودى — اى ايجابى — أما العدم فلا يصلح تلفا ولذا لا يترتب عليه الضمان . أما المالكية فيرون ان التارك يضمن اذا كان الترك تركا لواجب شرعى (الفروق للقرافى ، ج ٢ ، ص ٢٠٥ ومابعدها) .
وانى استلمح رأى المالكية .

٢ — غير مشروع لان الله سبحانه وتعالى شرع للناس مافيه صلاحهم وقوام أمرهم يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم امرهم والاغلال التى كانت فى اعناقهم .

ولا يلزم أن يكون الفعل المشروع خطأ بل يجوز أن يكون خطأ وألا يكون خطأ . والخطأ هو اختلال بواجب سابق صدر عن تمييز وإدراك أو هو انحراف عمدى السلوك . واذن فالنظرية الإسلامية تدرج المسؤولية الخطئية ضمن الضمان عموماً ولا تستلزم فى الفعل غير المشروع أن يكون عن خطأ ، وهى بذلك أكثر واقعية من الفقه الوضعى المعاصر الذى لازالت تغلب عليه فكرة الخطأ كشرط للمسئولية . ذلك أن الخطأ حالة نفسية يصعب تلمسها بالنسبة للدولة كشخص معنوى . ثم ان النظرية الإسلامية تجعل الضرر علة وسبباً للتضمنين فاذا وجدت العلة وجد المعلول والالزام فى ذلك انما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف . ولذا لزم الضمان من لا ادراك له وشغلت ذمته به فى ماله دون أن تشغل ذمته بالاداء (على الخفيف — المرجع السابق ، ص ٦٨) .

وخطاب الوضع يكاد يماثل المسؤولية الخطئية فى النظرية الموضوعية اما خطاب التكليف فهو أقرب مايكون إلى المسؤولية الخطئية .

كذلك يترتب على ما اسلفت ان من يمارس حقاً لا يسأل عن الضرر الذى ينجم عن ذلك . بيد أن القول يختلف اذا اساء المرء استخدام حقه او تعسف فى استعماله . ذلك ان الشارع حدد لكل حق حدوداً تتوقف على مراعاتها شرعيته وجعل ما يخالف ذلك امراً محظوراً تلزم الفاعل تبعاته .

ويكون صاحب الحق متعسفاً او مسيئاً فى استعمال حقه فى الحالات التالية :

- ١ — إذا لم يقصد سوى الاضرار بالغير .
- ٢ — إذا كانت المصلحة التى يبتغيها تتعارض مع مصلحة عامة أو خاصة تفوقها أهمية أو لا تتناسب مع ما يصيب غيره من ضرر عظيم بسببها ولم يكن ذلك الضرر نادر الوقوع لأن الفقهاء على اتفاق فى ان الضرر إذا كان نادر الوقوع او تافهاً فإنه لا يترتب تقييد صاحب الحق فى استعمال حقه ويبقى الحق على أصله .

٣ — إذا كانت المصلحة التي يبتغيها تؤدي إلى الاضرار بغيره ضرراً فاحشاً وكان في استطاعته تحقيق مصلحة على نحو يتفادى ذلك الضرر .

٤ — إذا كان الضرر المترتب على الاستعمال بينا ومحمّل الوقوع وليس بالأمر النادر وذلك أخذاً بالأحوط وبسد الذرائع لأن توقي المضرة يقدم على جلب المنفعة (كما ذهب أحمد ومالك على خلاف أبي حنيفة والشافعي) لأن الضرر الذي يغلب على الظن وقوعه يعتبر في حكم المحقق وقوعه بناء على اعتبار غلبة الظن في الأحكام الشرعية أما إذا كان متوقفاً ولكنه ليس بالأمر النادر فإن أبا حنيفة والشافعي — كما قلت — يقدمان مصلحة صاحب الحق لأن حقه ثابت يبين فلا يدفع إلا بيقين مثله أو ما غلب فيه الظن .

٥ — إذا كان صاحب الحق على علم بترتب الضرر الفاحش ولكنه استعمل حقه ترفهاً وكان لا يلحقه ضرر لو أنه تركه ، أما إذا كان صاحب الحق على غير علم فيجوز له استعمال حقه .

والقول باستبعاد الضرر الناجم عن تصرف مشروع — دون تعسف أو إساءة في استعمال الحق — من بين موجبات الضمان يعني أن النظرية الإسلامية لا تقر بنظرية المخاطر في المسؤولية وهي النظرية التي بدأ الفقه الوضعي المعاصر يتجه إليها بمناسبة اتساع مجالات النشاط الكوني والذري لترتيب مسؤولية تلك الدول أصحاب النشاط عما يقع من ضرر للغير بغض النظر عما إذا كان النشاط ممارسة لحق أم ليس ممارسة لحق . وتلك مقارنة لا تقف ضد النظرية الإسلامية لأن نظرية المخاطر — كما أسلفت — لازالت غامضة العلامات ولما تستقر على نحو نستطيع معه مناقشتها . ثم إن ما يحدث من الضرر نتيجة استخدام حق أو التعسف فيه — سواء حدث مباشرة أم نسبياً — لا يجب فيه الضمان على صاحب الحق إلا إذا توفرت فيه شرط الضمان على نحو ما عرضه في هذا المبحث .

٣ — إذا كان صادراً عن له ذمة مالية لأن الذمة هي مستقر الضمان . ولذا فإن

الأ- ل في فعل الحيوان وما ينشأ عنه ان يكون جبارا . يقول الرسول ﷺ
« الجماء جرحها جبار » . والمعنى أن يكون هدرا لا يستتبع مساءلة لان
الحيوان لا ذمة له ولا ادراك .

· ولذا فان الفعل الضار لا يخرج عن السببية إذا كان فاعله قد خالف بسبب
عارض خارج عنه كفقده اهلية التكليف لان سببته ترتبط بذاته وآثاره
لا يقصد فاعله وادراكه والأمر في اقتضاء الفاعل التضمن مبنى على المعارضة
حتى لا يظلم أحد في ماله . ولذا فإن القاعدة الاصولية تقرر أن الخطأ والعمد
في الاموال سواء . والمقصود بالخطأ هنا وقوع الشيء على خلاف ارادة فاعله .

ب - الضرر : الضرر الذي يوجب الضمان - في المفهوم الذي يستهمننا
هنا - هو الضرر المالى ويقصد بالضرر المالى كل اذى يصيب الإنسان فيسبب
له خسارة في مالية أمراله سواء كان نقصا في المال ذاته أم نقصا في منافعه ،
وهكذا فإن النظرية التقليدية لا تقرر الضرر المعنوى أو الادبى .

· ومادام ان الضرر الذى يفضى إلى التعويض هو الضرر المالى ، فإن الضرر
يجب أن يكون قد تحقق فعلا والا فلا يعتبر لان المسبب لا يتقدم سببه والا لم
يكن سببا له . ومن ثم فان الرجل الذى يذبح شاة لا ترجى حياتها لا يضمن
قيمتها سواء كان هو راعيها أم اجنبا عنها لانه بعمله هذا أفاد مالكتها ولم يضره
(القواعد لابن رجب ، ص ٢٢٢) .

· ولا يكون الضرر المالى موجبا للتعويض الا في مال متقوم مملوك للمضروب
فمن يذبح خنزيرا لمسلم لا يضمن لأن الخنزير ليس بمال متقوم . ويختلف
الفقهاء حول ضمان الفاعل إذا كان الخنزير لغير المسلم فمنهم من أقر الضمان
ومنهم من ذهب إلى أنه لا ضمان فى شيء من ذلك . واذن فالضرر المالى
لا يوجب ضمانا الا اذا تمثل فى مال مملوك متقوم فان كان المال غير مملوك أو
غير متقوم فلا ضمان .

ولكن ما القول لو أن شخصا أنقذ مالا للغير من الهلاك أو الغصب ؟

جاء في مختصر الفتاوى « إذا غرق مركب في البر وكان فيه زيت فطفا على سطح الماء فجمعه شخص فهو لصاحبه وله على صاحبه أجرة جمعه على أصح القولين ، وقال الحسن البصري هو لمن جمعه وأخذته » (ج ٤ ، ص ٤١٦) .

وفي المعنى ان لننقذ المتاع أجر مثله (ج ٦ ، ص ٣٧٢) .

وإذا نحن طوعنا الآراء الفقهية التقليدية للمفاهيم الدولية نقول إن الدولة التي تنقذ مالا للدولة يكون قد أشرف على الخلك والضياع وتنفق مالا في سبيل ذلك أو تقوم بعمل أو جيد لا تستحق عن ذلك أجرا أو عوضا إلا إذا كانت الاعراف الدولية تقضى بذلك والا اعتبر عملها تبرعا بلا أجر . ومن ثم فإن الدول التي تقدم المعونة لغيرها في حالة النكبات الطبيعية لا تستحق تعويضا عن ذلك لان العرف الدولي يعتبر هذا العمل من قبيل التبرع .

ويميل الفقهاء المسلمون المتأخرون الى استحسان رجوع الدولة بما بذلته من مال إذا أوضحت منذ البداية انها تعتزم الرجوع بما انفقت والا لم يكن لها ان ترجع ، ولا أرى غضاضة في متابعة هذا الاتجاه .

وإذا كان الشرط في الضرر ان يصيب مالا فإن الضرر الذي يصيب جسم الإنسان لا يستوجب تعويضا كما اسلفت لان الشارع قدره او ترك امر تقديره لحكومة العدل — اى لدوى الخبرة والنظر ومن ثم فهو على الاغلب عقوبة وليس تعويضا .

كذلك لا تعويض في الضرر الادبي اى الضرر الذى يتسبب عن اذى يصيب الإنسان في شرفه وعرضه وكرامته ولا عن الضرر المعنوى الذى يتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها ، كما في امتناع المستعير عن تسليم العارية الى المستعير . وأساس ذلك أن التعويض بالمال يقوم على أن التعويض جبر لما أصاب صاحب المال من ضرر ، وذلك باحلال مال مكافئ محل مال فاقد بغية اعادة الحال إلى ما كانت عليه ، الأمر الذى لا يتحقق في اى من الضرر الادبي أو المعنوى لان اعطاء المال في هذا النوع من الضرر لا يرفعه ولا يزيله ، فاذا

انطبق على الاضرار قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » اقتضاء لمصلحة المجتمع والناس فإن التعزيز يكون فيه واجبا بما يراه الحاكم وقاية وزجرا ، ولكن هذا — كما أوضحت آنفا — لا يدخل ضمن مفهوم التعويض الذى نناقشه هنا .

أما بالنسبة لمنافع المال فقد اختلف الفقهاء حول التضمن فيها :

١ — اذ ذهب الحنفية إلى عدم التضمن فى المنافع لانها لميسرة بمال عندهم واستثنوا من ذلك الاجارة لان تقويمها فى عقد الاجارة اثر ونتيجة للعقد الوارد على مصدرها واعتباره حالا منها فيه فقدمت تبعا لتقديم أصلها .

وقد استثنى متأخروا الحنفية من عدم ضمان المنافع ثلاث مسائل قبلوا فيها الضمان وأوجبوا على المعتدى فيها أجر المثل وهى : منافع الموقوف للسكنى أو للاستغلال ، ومنافع ملك اليتيم ، ومنافع المعد للاستغلال من الاعيان . وعندى اننا نستطيع أن نطوع الاحكام الخاصة بمصالح اليتيم على أقاليم الوصاية فى القانون الدولى .

أما الزوائد المالية للعين فما كان منها متصلا بالعين فيعتبر جزءا من العين ويأخذ حكمها ، وما كان منفصلا كالثمرة فلا تضمن الا بالتعدى .

٢ — وخالف الشافعية والحنابلة فقالوا بوجوب التضمن فيها لانها فى رأيهم مال متقوم يتحقق فيه التعدى ، كما تضمن جميع الزوائد متصلة أو منفصلة .

٣ — وقال المالكية إن الغاصب يضمن المنفعة على تفصيل أحيل فيه إلى مراجعته ، أما المعتدى فيكون ضامنا للمنافع على الإطلاق :

والغاصب هو الذى يقصد إلى غصب العين ذاتها أما المعتدى فهو الذى يقصد إلى غصب منافع العين .

ج — علاقة السببية :

يجب ان يكون الفعل الحسى متصلا بمحل الضرر فإن لم يكن متصلا به فلا ضمان لان القاعدة فى النظرية الإسلامية هى عدم مساءلة الإنسان عن

ضرر لا يد له في أحداثه . وعلاقة السببية كما قدمت قد تكون مباشرة إذا كان الضرر قد ترتب على الفعل مباشرة . وقد تكون غير مباشرة إذا فصل بين الفعل الأول وبين حدوث الضرر فعل آخر .

فإذا كانت علاقة السببية مباشرة فإن أي فعل لا يكون ممارسة مشروع لحق يمكن أن يكون موجبا للضمان . أما إذا كانت علاقة السببية غير مباشرة فإن الفعل يجب أن يكون غير مشروع كي يوجب الضمان ، فإذا كان المتسبب غير معتد فلا ضمان عليه . فإذا جفر انسان بئرا في ملكه فوقعت فيه دابة انسان آخر فهلك او اسقطها شخص آخر فتلقت فلا ضمان على حافر البشر لعدم التعدي في حفر البشر على عكس الحال لو أنه حفرها في ملك غيره . ومبرر التفرقة بين المباشر والمتسبب يقوم على مدى وضوح علاقة السببية بين الفعل والضرر . فعلاقة السببية في الضرر بطريق المباشرة تبدو جلية واضحة دون حاجة للنظر إلى فاعل الضرر وقصده . أما في المتسبب فإن العلاقة لا تبدو بالوضوح ذاته . وإنما يعميها فعل فاصل يتوسط بين الفعل الموجب للضمان وبين الضرر . ومن هنا كانت الحاجة إلى اشتراط ان يكون الفعل الأول محظورا حتى يكون التضمن من موجبات حظره وتبعاته دفعا للضرر .

وذكر الحنابلة : ان الضرر إذا كان مباشرا وجدت فور الفعل المباشر اضيف اليه وضمن محدثه ، ولكن اذا فصل بينه وبين الفعل الاول المسبب له فعل آخر كان الضرر مباشرا له — فإن كان حدوث ذلك الفعل امرا محققا لازما لحدوث الفعل الاول لم يمنع من نسبة الضرر إلى الفعل الاول لزم صاحبه الضمان والا فإن كان حدوثه غير محقق ولكنه يمنع من الاضافة عرفا لم يضمن محدث الفعل الاول وضمن الثاني وان لم يمنع من الإضافة كان الضمان على محدث الفعل الاول . وقد تدق التفرقة بين صورتى العلاقة المباشرة وغير المباشرة فتختلف تبعاً لذلك الفتوى . والمثل يوضح ما أقول . لو ان شخصا فتح باب قفص فطار منه الطير وضاع ، أضمن أم لا يضمن ؟ . يرى الحنفية ان علاقة السببية بصورتها المباشرة وغير المباشرة لم تتحقق لان ضياع الطير كله كان نتيجة لخروجه من القفص وأن طيرانه حدث منه

بأختياره . أما محمد والمالكية فهو أن يضمن لأن الفتح وقع اتلافا للطير بطريق التسبب في خروجه وطيرانه المؤدين إلى ضياعه ، ولم يكن ماحدث من الطير مانعا من نسبة التلف إلى الفتح وهو متعمد فيه والمحدث له كالمباشر للتلف لان الطيران طبع للطير عادة ، فإذا وجد مخرجا بعد الحبس طار . وقول الحنفية قول مستغرب لان منطقهم بآدى الخزال .

ولما كانت علاقة السببية شرطا لازما للتضمن فإن الإنسان لا يسأل — طبقا للنظرية الوضعية — عن هم خاضعون لرقابته او من هم تبع له . اى ان النظرية الإسلامية تمنح النظرية الوضعية الخاصة بتحمل التبعة فتلزم المتبوع بضمان الضرر الذى يحدثه تابعه . ومنطق النظرية الإسلامية يقوم على فهم لقاعدة « الغرم بالغنم » يختلف عن الفهم الذى تأثرت به النظرية الوضعية . ان الغرم بالغنم — فى النظرية الوضعية — يعنى ان المالك ليس له من ثمرات ماله كل ما أثمره وانما له مايبقى فقط بعد أن ينتقص منها مايجبر الضرر الذى يلحق غيره بسبب عمله . أما النظرية الإسلامية — فى رأى الذى اعتمده — فترى أن غنم الإنسان من ماله لا يستتبع غرامته الا اذا أصاب ماله بالضرر فهو انما يتحمل الضرر الذى أصاب ماله — غرما بغنم — لا ماأصاب امال غيره من جراء ضرر لا يد له فيه . ان المنطق الغربى يعد فى المفهوم الإسلامى أكلا للمال بالباطل ولا أساس له من العدالة فقد قال تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » (المدثر / ٣٨) .

ومن ثم فإن صاحب الحيوان لا يسأل عما يحدثه الحيوان من ضرر الا اذا كان ذلك قد حدث نتيجة تعد أو تقصير . وقد روى أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطا فأفسدت فيه فقضى الرسول ﷺ بأن على أهل الحوائط حفظها بالنهار ، أما ما تفسده المواشى ليلا فضا من على اصحابها . وتفسير ذلك أن على أرباب المواشى حبسها ليلا فى الحظائر فإن هى انفلتت كان ذلك تقصيرا . والمسئول عن جناية الحيوان هو ذو اليد على الحيوان المتسبب فى الاتلاف مالكا كان أم صاحب اليد أم مستعيرا أم مستاجرا أم غاصبا .

والحق أن الفقهاء يختلفون في كثير من الأحكام المتعلقة بالمسئولية التبعية لا سيما في شأن آثار فعل الحيوان وذلك كما ألمحت آنفا يرجع إلى اختلاف نظرهم في تقدير الأمور ، ولكنها تتجمع كلها حول مبدأ أن مسئولية صاحب الحيوان عما يتلفه الحيوان لا تقوم الا إذا قصر في حفظه . ومن نقاط الخلاف فرض ما إذا تلفت الدابة برجلها وصاحبها راكب عليها . قال مالك لا ضمان إذا لم يكن من جهة راكبها مآدى الى الضرر ، وقال الشافعى يضمن سواء أكان بسبب من راكبها أو سائقها أم لم يكن ، ورأى ابو حنيفة تفصيلا لا أرى هنا داعيا لذكره .

ومن ثم فإن الدولة لا تسأل عن الأضرار التي يتسبب فيها مواطنوها الا اذا كانت قد قصرت في رقابتهم تقصيرا وفر لهم ظروف اتيان الفعل الضار .

وأود هنا أن انبه إلى أن الحكم في الحيوان وما ينشأ عنه يختلف عن حكم ما يملكه الإنسان من آلات فالآلة ليس لها من حركة الابتهاريك صاحبها، ولذا فإن ما يحدث منها من ضرر هو من قبيل الضرر المباشر . والمباشرة كما اسلفت لا يشترط فيها التعدى .

فذلكة :

فالقاعدة اذن ان من أحدث التلف ضامن الا اذا منع من اضافة التلف اليه ترتب التلف مباشرة على فعل أحدثه شخص آخر ففصل بين الضرر وبين الفعل الأول وانقطعت به نسبة الضرر إلى الفعل الاول . ولذا يضاف التلف إلى الفعل الاول ويضمن به فاعله لو أن الفعل الثانى كان من فعل الطبيعة أو بأمر سماوى أو ممن أكره عليه اكراها ملجئا اعدم اختياره لان مثل هذه الفروض لا تقطع اضافة التلف إلى الفعل الاول .

وجملة القول في الضمان أن الفعل الذى يؤدى إلى ضرر به سواء أكان مشروعا أم محظورا — يفرض الضمان على فاعله إذا كانت علاقة السببية مباشرة بين الفعل والضرر .

أما إذا كانت علاقة السببية غير مباشرة فإن الفعل لا يوجب الضمان الا اذا كان غير مشروع .

فاذا اجتمع المباشر للضرر والمتسبب فيه تعلق الضمان بالمباشر دون المتسبب . بيد أن الحنفية يقيّدون هذه القاعدة بأن الضمان يترتب على الاثني معا — المباشر والمتسبب — كما في راكب الدابة وسائقها إذا اتلفت مالا في سيرها فإن الضمان يكون عليهما معا وان كان الراكب مباشرا للاتلاف والسائق متسببا فيه (الزيلعي — ج ٦ ، ص ١٥٠) . وفي الامر تفصيل ، كما ان هناك تفصيلا كذلك في حكم الضمان إذا تعدد الفاعلون ، وأحيل في هذا إلى مراجعه .

ان ما قدمته في الضمان ينتهي إلى أن النظرية الإسلامية تأخذ في الضمان بمسئولية موضوعية تكتفى برابطة بين الفعل والضرر ولكنها أوسع رحابا من نظرية المدرسة الايطالية الموضوعية فهي لا تقتصر على الفعل غير المشروع بل تقبل ان يكون الفعل الموجب للضمان مشروعاً مادام انه ليس بممارسة لحق دون تجاوز حدود ذلك الحق . والنظرية الإسلامية بهذه الرحابة تتلافى النقد الذي وجه للنظرية الموضوعية وتفتح باباً لتضمين الدول في كثير من نشاطها الكوني والذري دون ان تنزلق في الاطلاقية التي تتورط فيها نظرية المخاطر التي تسأل حتى صاحب الحق الحريص في ممارسة حقه . وفي تقديرى ان الضمان على نحو ما أوضحت يمكن ان يسهم في حل معميات أحكام المسئولية الدولية بصورة تصلح لان تكون محل اجماع أو تلقى على الاقل تأييد جمهور الفقهاء .

استطراد :

وجدير بالذكر في النهاية ان اشير إلى انه إذا ترتب على الفعل تلف المال جميعه أو ذهاب منفعه أو معظمها أو أهم ما يطلب لاجله منها ألزم من أحدثه بمثله ان كان مثليا وبقيمته ان كان قيميا ، وفي حكم ذلك تغييب العين . واذا ترتب عليه تلف بعض المال أو ذهاب منفعه مع بقاء بعضها مما يطلب منه عادة ، أو تعييه تعييا جزئيا ألزم من أحدثه بقيمة ماتلف أو نقص أو تعيب

منه . وذلك عبارة عن الفرق بين قيمة المثل قبل حدوث الضرر وقيمته بعد حدوث الضرر — ولكن ما القول في حالة الإكراه على اتلاف مال الغير ؟ .

اختلفت الآراء فقالت زمرة بأن الضمان يجب على المكره وقالت زمرة أخرى بأن الضمان على المستكره وذهب فريق ثالث إلى أن الضمان عليهما معا . واذن فالتضمن الواجب بالفعل الضار قد يكون بقيمة المال محل الضرر جميعها وقد يكون بمثله ، وقد يكون ببعض القيمة ، وهو في المثل بمثله وفي القيمي بالقيمة .

هل يجوز لصاحب الحق ان يقتضى حقه بنفسه ؟ يبحث الفقه التقليدى هذه الفرضية تحت عنوان « الظفر بالحق » ويتلخص رأى فيما يلى :

- ١ — لا يعاقب صاحب الدين الذى سرق من مدينه ماله أو ما فى جنسه — إذا كان الدين حال الوفاء — كسارق لأن الحدود تدرأ بالشبهات .
- ٢ — أجاز الشافعية لصاحب الحق أن يصل اليه بأى طريق وابعاح الحنفية إذا كان الدين نقدا .

ولعل الأدق أن نقول إن اخذ المال من الماثل يباح للضرورة (الزحيلي — نظرية الضرورة ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ — ١٨٩) .

ولما كان الخرق لا بد أن يكون اراديا فإن الضرورة قد تكون عذرا ولكنها لا تعفى من الضمان أو المسئولية ذلك أن الضرورة تطبق من تطبيقات مبدأ القسطاس لانها تنغيا رفع الحرج ودفع الضرر وتحقيق العدل .

وقد اختلف الفقهاء فى امور مثل الجائحة وهل تقتصر على ماكان من السماء أم انها تشمل كذلك أفعال الآدميين التى لا يمكن التحرز منها أم هى أوسع من ذلك فتتطوى على كل صنع لاجنبى .

وقد استدل المؤيدون للجوائح بقول الرسول « من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئا علام أحدكم يأخذ من مال أخيه » .

ويرى المالكيه والحنابلة ان ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع وان كان المشتري هو الذي يتصرف فيه فعلا ، غير ان الشافعي لم يثبت لديه ان الرسول أمر بوضع الجوائح .

واستدل القائلون بتضمن المشتري بروايات منها أن رجلا أصيب على عهد رسول الله في ثمار ابتاعها وكسرها فقال الرسول تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال الرسول لدائنيه « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك .

ويفرق البعض بين دفع الصائل (المعتدى) وبين الضرورة الملجئة فيقولون إن الضرورة الملجئة لا تعفى من الضمان ولكن تعفى من العقاب ثم ان مخالف أحكام الضرورة آتية بخلاف الممتنع عن دفع الصائل (عند القائلين بأنه حق لا أمر واجب) .

كذلك اختلف الفقهاء في ضمان الشيء المستهلك حال الضرورة فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن المضطر يضمن بدل ما أكله من طعام لغيره بقيمته في المتقزم وبمثله في المثل سواء قدر على البدل في الحال أم كان عاجزا لان الاضطرار لا يبطل حق الغير .

وقال المالكية بأنه يضمن وقيل عندهم ايضا لا يضمن . وقال الدسوقي إذا كان الثمن متوفرا لدى المضطر وقت الاكل دفع القيمة وان كان بعد وقت الاكل لا يضمن (الزحيلي — المرجع السابق ، ص ٢٩٩ — ٣٠٠) .

وقول الدسوقي فيما أرى يصلح ان يكون هو القاعدة العامة التي تطبق على ضمان المضطر .

وبدهى ان المسؤولية يترتب عليها التزام بالاصلاح اى اعادة الحال قدر الامكان إلى ما كان عليه لو أن الفعل الضار لم يقع ، ذلك أن القصد من الاصلاح تأمين التوازن القانوني الذي اختل بسبب اتيان الفعل غير المشروع ولذا فالاصل ان يكون الاصلاح عينا فإن تعذر اصبح نقدا .

خاتمة : مقارنة خاطفة :

تختلف النظرية الإسلامية عن النظرية الموضوعية من حيث أن تصور النظرية الإسلامية للضمان تصور أشمل وأعم لأن فكرة الضمان الإسلامية تجمع ما بين التصورات الثلاث الأساسية وهي المسئولية الخطأية والمسئولية الموضوعية والفعل غير المشروع بينما نجد أن الفكر الموضوعي يعالج كلا من تلك النظريات على حدة ولكل منها أنصارها ومحبذوها ، ولعل نظرية المسئولية الخطأية التي كان جروسيوس أول من أدخل مفهومها في القانون الدولي المعاصر هي التي لازالت صاحبة قصب السبق من بين ثرياتها . كذلك تختلف النظريتان في شأن تقبل كل منهما لمدرک المخاطر بمفهوم المسئولية المطلقة حيث نشهد ان ذلك المدرک لا يجد مجالا له في النظرية الإسلامية بينما نرى له تطبيقات — وان كانت محدودة — في النظرية الغربية .

المبحث الثاني

فى

الاستخلاف الدولى

تعريف وتحديد : النظرية المعاصرة —

يتكلم الفقهاء عن الاستخلاف بمفهومين : (١) الاستخلاف بين الحكومات . (٢) الاستخلاف بين الدول .

بيد أن الاستخلاف بين الحكومات هو فى عقيدتى ظاهرة دستورية ولذا فإن مناقشتى هنا تقتصر على الاستخلاف الذى يجرى بين الدول . وتكشف دراسة الاستخلاف الدولى بهذا المعنى عن عدة تصورات فقهية ، بيد أنها تجتمع كلها عند وصف مشترك ، هو أن الدولة السلف تكف عن ممارسة اختصاصات داخل إقليم بعينه وتحل دولة أخرى — هى الخلف — محلها . وينجم عن هذه الحقيقة أن تتعرض العلاقات الداخلية والخارجية للإقليم لتغيرات تمس البناء الاقتصادى والاجتماعى والسياسى والقانونى ، وهنا يأتى دور أحكام الاستخلاف الدولى لمعالجة آثار هذا التطور .

ونظرا لتعدد التصورات الفقهية حول الاستخلاف الدولى فقد يتعذر تصنيفها . ولكنى أحاول عرضها فى صورة بسيطة فأقول إن هذه التصورات يمكن أن تجتمع عند اتجاهين رئيسين :-

أ - اتجاه متأثر بالأفكار الرومانية ولذا فهو يتغالى فى نظريته إلى الاستخلاف إذ يرى أنه 'نقل' للسيادة فيما بين الدولة السلف والدولة الخلف - ولما كان هذا الانتقال يعنى أن الدولة الخلف هى وارث لشخصية الدولة السلف فإنها تخلفها أيضا فى العلاقات القانونية المتعلقة بالإقليم محل الاستخلاف . وفى قول آخر فإن مجموع الحقوق والالتزامات ينتقل تلقائيا من السيادة السلف إلى السيادة الخلف كاملا بلا استثناء ولا تغيير .

ب - واتجاه يبنى الاستخلاف الدولى على الإرادة ولذا فإن الدولة الخلف حرة فى أن تستبقى من حقوق والتزامات السيادة السلف ما تريد وأن ترفض منها ما تشاء ، وليس من قاعدة عامة تفرض على الدولة الخلف أن تنقيد بالآثار القانونية لتصرفات السيادة السلف .

والحق أن لكل من الاتجاهين مزاياه ومثالبه ولذا فإنه يصعب علينا أن نعثر على نظرية صادقة تعكس مايجرى عليه العمل الدولى ، ولذلك قد تكون النظرة الأسلم هى محاولة تحليل الأحكام الخاصة بكل مجموعة من الأحداث القانونية على حدة .

وحرى بالذكر أن هناك معاهدة فى شأن الاستخلاف أبرمت سنة ١٩٧٨ . وقد استنتت المعاهدة من تطبيق أحكامها الوفاقات المتعلقة بالحدود ، والتي تنشئ حقوقا والتزامات ذات صلة بنظام الحدود ، والوفقات الإقليمية التي تنشئ حقوقا عينية يحتاج بها على الجميع أو التي تحوى قيودا على استخدام الإقليم لصالح جماعة الدول . ويبدو أن المعاهدة حاولت أن تقنن الاتجاهات الغالبة فى العمل الدولى بالنسبة لكل مجموعة من الأحداث القانونية التي تعالجها .

الاستخلاف المأذون في النظرية الإسلامية :

ليس مصطلح « الاستخلاف » بغريب على النظرية الإسلامية فقد ورد في القرآن قوله عز وجل « وبيد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات ليستخلفهم في الأرض كما استخلف الذين من قبليهم » (النور / ٥٥) :

يبد أن هذا الاستخلاف ليس بواقعة إرادية — كما هو صريح نص الآية — وإنما هو استخلاف بقدرة إلهية لأن الأرض جميعا ملك لله وهي قبضته ، وإذن فهذه الصورة من الاستخلاف تخرج عن صور الاستخلاف التي اعالجها هنا .

والقول عندي إن أحكام الاستخلاف بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر تختلف عن أحكام الاستخلاف بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية .

أما فيما يتعلق بالاستخلاف بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر فهو فيما أرى أقرب إلى الاستمرار منه إلى الاستخلاف لأن الاستخلاف في معناه التقليدي هو واقعة قانونية مسقطّة عن السلف ومنشئة بالنسبة للخلف . أما فيما بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر فهو — استنادا إلى مايربطها من حلف الإيلاء وأخوة الإسلام — تصرف لا ينشئ الحق للدولة السلف وإنما ينقله إليها . أما سند الحق المنقول فهو سبب من أسباب كسب الملكية . ولذا فإن الحق الذي ينتقل إلى الدولة الإسلامية الخلف هو الحق في ممارسة الحقوق التي كانت تمارسها الدولة الإسلامية السلف وليست الحقوق في ذاتها لأن تلك الحقوق في ذاتها قائمة من قبل وسند قيامها هو السند الذي منحها ابتداء للدولة السلف . وإذن فنحن هنا في الحقيقة أمام حوالة للحقوق والالتزامات وليس استخلافا بالمعنى الفني الدقيق للاستخلاف .

فلا عجب إذن أن نجد الفقهاء يفتون الدولة العباسية بأنها ملزمة حيال أهل الكتاب بالعهود التي سبق أن اعطاها لهم الرسول ﷺ أو الخلفاء الراشدون .

إن التزام الدولة العباسية بتلك العهود يعنى أنها استخلفت فيها استخلافا
الزاميا . وفى قول آخر فإن حقوق والتزامات العهود ظلت باقية واستمر نفاذها
من دولة اسلامية إلى دولة اسلامية أخرى حتى انتقلت إلى الدولة العباسية .
وهذا حكم استنبطه كذلك من بعض عبارات جاءت فى عهود الرسول ﷺ .
كعبارة « جوار الله وذمة محمد أبدا » التى وردت فى عهده لأهل نجران فهو
ﷺ بتأييد جوار الله وذمته قد فرض استخلافا فى ذلك على من يليه من دول
إسلامية ..

أما فيما بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية فأرى أن نفرق بين
أمرين : —

أ — العهود والأعراف التى تحقق صالحا عاما يتفق مع أهداف الإسلام
وغاياته وهذه تخلف فيها الدولة الإسلامية الخلف الدولة غير الإسلامية السلف .
ومثل ذلك حلف الفضول الذى قال فيه الرسول ﷺ إنه لو دعى به لأجاب .
ويحكى التاريخ أن الوليد كان أميرا على المدينة لعمة معاوية وكان بينه وبين
الحسن بن على نزاع ولكن الوليد تحامل على الحسين فأقسم الحسين إن لم ينصفه
الوليد ليأخذ سيفه ويجلس فى مسجد رسول الله ﷺ ثم ليدعون بحلف الفضول .
وقد أتمن الصحابة على هذا فقال عبد الله بن زيد وأنا أحلف لو دعا به لأجبه
حتى ينصف من حقه وبلغ الأمر صحابة آخرين مثل عبد الرحمن بن عبد الله
اليمى فقال مثل ذلك ، فلما بلغ الوليد ذلك لم ينكر الدعوة وأنصف الحسين
من نفسه حتى رضى . كل ذلك مصداق لقوله تعالى « وأن هذه امتكم أمة
واحدة وأنا ربكم فأعبدون » (المؤمنون / ٥٢) .

أما إذا كانت العهود والأعراف تضر بالصالح العام ولا تتفق مع مبادئ
النظرية الإسلامية فإن القاعدة التى أرى أنها تنطبق هى فى قوله عز وجل
« تلك أمة قد خلت لها ما كسبت ولكم ما كسبتم » (البقرة / ١٣٤) فالآية
صريحة فى أن ما كسبت الأمة التى خلت — أى السلف — لا ينتقل إلى
الأمة القائمة — أى الخلف فلكل من الأمتين — السلف والخلف — ما كسبت
وحدها دون مساءلة الأخرى عنه .

وإذن فالنظرية الإسلامية لا تترك أحكام الاستخلاف لإرادة الدولة الإسلامية وإنما تفرض الاستخلاف عليها فرضاً في حالتين :-
أ - أن يكون الاستخلاف بين دولتين إسلاميتين ، وهذا يمكن أن يعادله في علاقات الغرب الاستخلاف بين الدول ذوات القومية الواحدة أو العقيدة المشتركة ، إذا كانت الدول تتخذ من تلك العقيدة شعاراً رسمياً لها .

ب - أن يكون الاستخلاف بين دولة إسلامية وأخرى غير إسلامية في أمور تحقق صالحاً عاماً وتسائر مبادئ النظرية الإسلامية . كذلك تحرم النظرية الإسلامية على الدولة الإسلامية أن تقبل استخلاًفاً عن دولة أخرى في أمور تناقض الصالح العام وتخالف مبادئ الإسلام .

ولذا استطيع أن أقرر أن اتجاه النظرية الإسلامية في الاستخلاف يقارب من ناحية المفاهيم الرومانية حيث الانتقال إلزامي ولكن يخالفها في شأن الاستخلاف فيما هو ضار بالمصلحة العامة ومخالف لمبادئ الإسلام حيث الانتقال محرم . وفي قول آخر فإن النظرية الإسلامية تمنع على الدولة الإسلامية - وهذا حكم تستطيع الدولة غير الإسلامية أن تترسبه - تمنع إلزامها بتصرفات السلف التي تستقيم مع نظامها العام ومصالحها القومية العليا . وهكذا نجد أن أحكام الاستخلاف التي تاه الفقه المعاصر في دروبها تستقر في وضوح وإيجاز في النظرية الإسلامية ، وقد جاءت في بساطة بأحكام يمكن أن يستهديها الفقه والعمل الدولي الغربي .

الباب الثالث

فى الأموال الدولية

الفصل الأول : فى الأنهار الدولية

الفصل الثانى : فى البحار الدولية

الفصل الثالث : فى الفضاء

«لستووا على ظهوره ثم تذكروا نعمة ربكم إذا استويتم عليه وتقولوا
سبحان الذى سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين .»

صدق الله العظيم

(الزخرف / ١٣)

الفصل الأول فى الأنهار الدولية

تمهيد وتحديد :

يقول القلقشندى إن المياه الأرضية ضربان : ضرب عذب وضرب ملح ، ووقع فى لغة الشافعى الماء المالح . والماء العذب على ثلاثة أنماط : النمط الأول : ماء الأنهار وهى ماين صغار وكبار وقريبة المدى وبعيدته ، وقد أفاد القلقشندى بأن أفضل الأنهار خمسة هى : سيمون وجيجون والدجلة والفرات ونيل مصر . ويذهب القلقشندى إلى أن نيل مصر هو أفضل الأنهار الخمسة وأعذبها وأخفها ماء . والقلقشندى له عذره فيما ذكر عن أفضل الأنهار فهو قد كتب فى حدود ماكان متوافرا فى عصره من معلومات .

ويضيف القلقشندى بأن الأنهار الكبار هى التى تسير فيها السفن . النمط الثانى : العيون وهى مياه تنبع من الأرض وتعلو إلى السطح ثم تسرح فى قنى قد حضرت لها . النمط الثالث : البئار وهى حفائر حتى ينبع الماء من أسفلها ويرتفع فيها ارتفاعا لا يبلغ أعلاها . والنمطان الثانى والثالث هو مانسميه اليوم بالمياه الجوفية .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان الماء الذى ينبع من الأرض هو الذى نزل من السماء ، أم غيره . فذهب البعض إلى أنه هو الماء الذى نزل من السماء وحجتهم فى ذلك قوله تعالى « وأنزلنا من السماء ماء بقدر » (المؤمنون / ١٨) وذهب آخرون إلى أن الذى ينبع من الأرض غير الذى نزل من السماء ، ودليلهم على ذلك قوله سبحانه « ففتحنا أبواب السماء بماء منهمر وفجرنا الأرض غيونا » (القمر / ١١) .

ويوصف الماء للاستحسان بالعدوبة والصفاء والرقّة والخفة وشدة البرد في معناه الشَّيْمُ .

أما الماء المالح فهو أحد العناصر الأربعة ، وهو محيط بالأرض من جميع جهاتها إلا ما اقتضته الحكمة الإلهية لعمادة الدنيا من كشف بعض ظاهرها الأعلى . وتتفرع منه بحار مبتدئة في جهات الأرض لتجرى السفن فيها بما ينفع الناس .

وقد اختلف في الماء المالح هل هو كذلك من أصل الخلقة أم عرضت له الملوحة بسبب ملاقاه من سبخ الأرض وفي ذلك رأيان .

ومن خصائص البحر المالح أنه في غاية الصفاء حتى أنه يرى في قاعه على القرب من ساحله . ويوصف البحر بالسعة والطول والعرض وكذلك العجائب حتى إنه يقال في الأمثال « حدث عن البحر ولا حرج » .

وفي الماء المالح كثافة لا توجد في الماء العذب ومن أجل ذلك لا ترسب فيه الأشياء الثقيلة كما ترسب في الماء العذب حتى إنه يقال إن السفن التي تغرق في البحر المالح لا تبلغ أرضه بخلاف التي تغرق في الأنهار فإنها تنزل إلى قاعها . وشاهد ذلك أنك إذا طرحت بيضة دجاجة في الماء العذب غرقت فيه فإذا أذبت في ذلك الماء ملحا بحيث يغلب على الماء وطرحت فيه البيضة طفت (القلقشندي — صبح الأعشى في صناعة الانشاء ، طبعة القاهرة ج ٢ ، ص ١٨٧ ، ١٨٨) .

وأتناول فيما يلي من دراسة كلا من الانهار والعيون والبتار.

مقدمة :

شغلت حقوق الناس في مياه الأنهار بالجماعة منذ فجر التاريخ . ولا أغالي إذا قلت إن قيام الدول واستقرارها يجد أصله الأصيل في الحقوق المائية ، فحول أحواض الانهار قامت حضارات وشيدت المدن وتذوق الإنسان لذة الاستقرار . ويقص لنا التاريخ — من أجل استفادة الإنسان بمياه الأنهار

واقسامها مع أترابه — حكاية سدود انشئت وروافد حُفرت ومجارى حولت .

ولم تكن النظرية الإسلامية أقل استشعاراً لخطورة مالمياه من أثر في حياة الناس وقد جعل الله منها كل شيء حى . ففى القرآن الكريم آيات بينات وفى الحديث الشريف أحكام نيرات ، والتي أورد بعضها منها اثناء عرض هذا البحث ، حيث أتجه إلى ما يكون ذا صلة مباشرة بموضوع الدراسة التى تعنى أصلاً بالعموميات قصداً إلى التبسيط والإيجاز وفتحاً لباب الاجتهاد والإنجاز .

ولكن مياه الأنهار لم تدخل حلبة الصراع الدولى الحديث إلا منذ نصف قرن فاستحث بذلك اهتمام القانون الدولى المعاصر بعد أن تطورت استخدامات المياه كمصدر للطاقة ودخلت ضمن مخططات الرى المنظم فى مناطق شاسعة من آسيا وأفريقيا وأمريكا ؛

واليوم وقد راح الجفاف يضرب بمعاوله القتالة فى مناطق متعددة من هذه المعمورة فيهددها بالخراب ويتربص بأهلها الموت نذكر فى خشوع وإيمان قدرة الحق فى قوله تعالى « أرأيتم ، إن أصبح ماؤكم غوراً فمن يأتيكم بماء معين » (الملك / ٣٠) .

والحق ان الاستخدامات الفنية المتباينة للأنهار لا زالت تتأبى على التنظيم القانونى بسبب الطبيعة الخاصة لمياه الأنهار . ذلك أن إقليم الدولة يتسم بالبقاء والاستقرار والنهر جزء منه ، ولكن سيولة مياهه تناقض ذلك الثبات فهى اليوم هنا وغدا هناك . وتلك حقيقة لها معقباتها التى تستحث الخلاف فى الآراء من حيث أن سيولة المياه وجريانها يتحدى السيادة الإقليمية بحدودها السياسية ويتخطى السلطات الكاملة لدولة الإقليم . ومن هنا كان لابد لقواعد القانون الدولى النهري من أن تجارى هذه الظاهرة وترتب لها ما هو مناسب من أحكام .

إن القانون الدولى النهري لا يصرف اهتمامه إلا لفئة محددة من الانهار هى التى نطلق عليها مسمى « الانهار الدولية » . فماذا يقصد بالنهر الدولى ؟ .

اختلف الفقهاء المعاصرون في تعريف النهر الدولي . وقد عرفته المحكمة الدائمة للعدل الدولي — في منازعة اللجنة الدولية للاودر سنة ١٩٢٩ — بأنه المجرى الصالح للملاحة الذي يصل عدة دول بالبحر . ويبدو أن المحكمة كانت متأثرة بطبيعة النزاع الذي كان معروضا عليها فهو يتعلق بمشكلات الملاحة ولذا اشترطت في مجرى المياه لكي يصبح نهرا دوليا أن يكون صالحا للملاحة وأن يكون متصلا بالبحر .

ولكن العلم كشف عن استخدامات للمياه وسعت من أهميتها وتجاوزت كونها مجرد مجرى للعبور ، ولذا اختلفت النظرة إلى النهر الدولي فأصبح الرأي على أن النهر يكون دوليا إذا كان يهم أكثر من دولة بغض النظر عن الأسباب التي تزكي تلك الأهمية . والواقع أننا يمكن أن نصنف استخدامات الأنهار في نمطين رئيسين هما :

(١) - الملاحة .

(٢) - الاستخدامات الاقتصادية الأخرى .

ولذا فإننا يمكن أن نعالج أحكام الأنهار في شأن كل من هذين القسمين الكبيرين :

أ - الملاحة : ويعتبر النهر دوليا — من أجل اغراض الملاحة — إذا كان النهر أو روافده صالحا للملاحة ويعبر — أو يفصل — في جريانه — أقاليم أكثر من دولة .

وتدور النقطة القانونية الجوهرية — بالنسبة للأنهار الملاحية — حول ما إذا كان هناك حق عرقي بحول الدول مكنة الملاحة الحرة في النهر بغض النظر عن عدم وجود اتفاق بينها وبين الدولة صاحبة الإقليم .

والرأي الغالب في الفقه ينفي وجود ذلك الحق بدعوى أن ماتقرره المعاهدات بالنسبة للملاحة الحرة هو استثناء على مبدأ السيادة الخالصة . ولكن نفرا من الفقهاء يؤكد أن مبدأ السيادة الخالصة لا يتفق مع حقائق المجتمع الدولي وأن هناك حقوق ارتفاق بالملاحة يتحمل بها النهر الدولي .

ب — الاستخدامات الاقتصادية — في غير الملاحة — كالاستثمار الصناعي والزراعي . وقد مهدت هذه الاستخدامات لتطوير قواعد القانون الدولى النهري إذ راحت تنظر إلى مجرى النهر على أنه وحدة طبيعية تفرض ذاتها على الرغم من عدم توافر الوحدة القانونية .

ماذا تقول النظرية الإسلامية :

النهر لغة هو الماء العذب الغزير أو هو مجرى الماء . وقد يندرج النهر ضمن مفهوم لفظة البحر . وفي هذا يقول التنزيل الحكيم « مرج البحرين هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج » (الفرقان / ٥٢) .

يبد أن القرآن الكريم وإن كان قد صرف لفظة البحر إلى كل من النهر والبحر الملح فانه لم يسو بينهما في الحكم . قال عز من قائل « ما يستوى البحرين هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج » (فاطر / ١٢) . فدل بذلك على أن هناك سمات لكل من الظاهرتين تقتضى اختلافاً في الأحكام . ولذا فإننى لا أساير مذهب اليه الفقهاء من أن أحكام الأنهار تنطبق على البحار . قد يكون هناك تلاق في بعض الجزئيات ولكن هذا لا يعنى تماثلاً في الأحكام وتوحيداً في المدركات .

قدمت أن النظرية الإسلامية تولى المياه العذبة أهمية بالغة ، فلا غرابة إذن في أن ينصرف الاهتمام إلى مجارى تلك المياه وأولها الأنهار . ويتبدى اهتمام النظرية الإسلامية بالأنهار فيما احتواه الكتاب الكريم من ذكر للأنهار فهي زينة في الحياة الآخرة كما انها زينة في الحياة الدنيا . يقول المولى عز وجل « بشراكم اليوم جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها » (الحديد / ١٢) . ويعتدّ صوراً من الأنهار يزدان بها فردوس الخلود .

وتقسم النظرية الإسلامية التقليدية الأنهار إلى ثلاثة أقسام :

١ — مأجراه الله تعالى من كبار الأنهار التي لم يحفرها آدميون كدجلة والفرات والنيل . ويذهب الفقه التقليدى إلى أن احكام المحيطات

- والبحار تماثل أحكام تلك الأنهار ، وهو ما أسلفت عدم إقرارى به .
- ٢ — مأجراه الله تعالى من صغار الأنهار على ضريين :
- أ — أن يعلو مأوها ولو لم يجبس ويكفى جميع أهله دون قصور .
- ب — أن يقل ماء النهر ولا يعلو للشرب إلا بجبسه .
- ٣ — ما احتفره الآدميون من الأرضين ، وتستمد مياهها من نهر عام .
- (الأحكام السلطانية للماوردي ، ص ١٨١) .

واذن فالفقهاء المسلمون يقسمون الأنهار إلى أنهار طبيعية وأنهار صناعية ، ويقسمون الأنهار الطبيعية إلى أنهار كبيرة وأخرى صغيرة .

إن من ينعم النظر في المدرجات الإسلامية التقليدية يلاحظ أولا أن الفقهاء راعوا فيها الاستخدامات الخاصة للأنهار من قبل الأشخاص . ويجد ثانيا أن القسم الخاص بما احتفره الآدميون لا يمثل قسما ثالثا بالمعنى الدقيق وإنما هو صورة من صور الانتفاع بالأنهار بأن يحتفر الشخص مجرى يستمد مياهه من مياه النهر الطبيعي . ومن ثم فإن الأنهار التي يكون عليها المعول في تحديد الأحكام العامة هي الأنهار الطبيعية . وهنا أرى أن تقسمة الأنهار الطبيعية إلى أنهار كبيرة وأخرى صغيرة تقسمة لا مبرر لها مادام أن المراعى أصلا في التقسمة هو كيفية الاستفادة بالنهر ، وهل يكفى النهر حاجة أهله دون حبس مياهه أم أن ماءه غور لابد من حبسه حتى يرتفع على نحو يمكن معه الاستفادة به . ومرة أخرى نجد أن تقسمة الأنهار الطبيعية إلى أنهار كبيرة وأخرى صغيرة تقسمة تقوم على كيفية استخدامها وليس على نوع ماتقدمه من خدمات وان كان القلقشندى ، ومن قبله بعض الفقهاء مثل ابى يوسف ، قد خص كما قدمت الأنهار الكبيرة بسير السفن أى أنه اعتبر أن الأنهار الكبيرة هي وحدها الصالحة للملاحة . فاذا اعتبرت هذه الملاحظة من القلقشندى فإننا يمكن أن نتخذ من الصلاحية للملاحة معيارا لتقسيم الأنهار ، وهذا ما أراه وأحبذه . وهنا أرى أسير في طريق معاكس لما سار عليه الفقه التقليدى ذلك أن الملاحة لم تشغل بال الفقهاء القدامى عند معالجتهم لأحكام الأنهار وإنما استهمهم

مايستفاد بالنهر في الزراعة والشراب . أى أن الاستخدامات الاقتصادية — غير الملاحة المعروفة وقتئذ — هي التي كانت رائدهم فيما خلفوه من أحكام . أما أنا فأسير على أن الملاحة هي الاعتبار الأول في تنظيم الأحكام وبذا تنقسم الأنهار إلى قسمين :—

١ — أنهار صالحة للملاحة إلى جانب غيرها من الاستخدامات الاقتصادية .

٢ — أنهار صالحة للاستخدامات الاقتصادية غير الملاحة ، وهذه بدورها

تنقسم إلى :

أ — أنهار يعلو ماؤها دون حبس .

ب — أنهار لا يعلو ماؤها إلا بالحبس .

والحق أن آيات التنزيل الحكيم تسمح لنا بأن نعالج أحكام الأنهار على هدى من صلاحيتها لكافة الاستخدامات الاقتصادية سواء كانت ملاحية أم غير ملاحية . فيقول العليم الحكيم « وسخر لكم الأنهار » (إبراهيم / ٣٢) ، وإذن فقد سخر المولى العلي الأنهار للإنسان تسخيها عاما بلا حدود، ومطلق التسخير يتسع لكافة صور الاستخدام .

النهر الدولي في النظرية الإسلامية :

فإن صح ما قدمت فما هو النهر الدولي — بحسب النظرية الإسلامية — من بين تلك الأنهار ؟ الحق أن الفقه التقليدي لم يتطرق إلى تصور للنهر الدولي لأنه كان يعالج أحكام الأنهار التي تجري داخل إقليم دولة واحدة وعذره في ذلك أمران : أولهما أنه كان يتابع منطقته في تقسيم العالم إلى دار سلام ودار حرب فلم تشغله مشكلات جريان النهر في أقاليم دول إسلامية تستقل الواحدة منها عن الأخرى ، وثانيهما أن معرفته بالأنهار كانت قاصرة على ما نرى إلى علم الفقهاء من أنهار في ذلك الزمان، ولذا فإن الصورة التي عرضت له كانت صورة نهر يجري في إقليم غير مقسم . صحيح أن بعض هذه الأنهار — كالنيل مثلا — كان يجري في إقليم ينقسم بين عدة وحدات ولكن الذي عرفه الفقه عن النيل هو أنه نهر يجري في مصر وهكذا سماه عمرو بن العاص نيل مصر وهذا هو

مسماه أيضا في القلقشندى وهو مؤلف أعد في مصر متأخرا . تم إننا يجب ألا ننسى أن القانون الدولى المعاصر — على الرغم من معرفته بجغرافية الأنهار على نحو أوسع وأدق من معرفة الفقه الإسلامى التقليدى بها — لم يهتم بأمورها ولم يحاول أن يضع أحكاما تنظمها إلا منذ نصف قرن أو يقارب عندما فرض عليه تشابك مصالح الدول أن يفعل ذلك .

أما والصورة المعاصرة تغاير تلك التى عاجلها الفقه التقليدى فإن لنا أن نحاول تبين ما إذا كانت النظرية الإسلامية تتسع بلدرك النهر الدولى . كم انطلاق لاستيضاح الأحكام التى تطبق على هذا النهر فى العلاقات الدولية .

ولعل نقطة البداية فى الإجابة على هذا السؤال هو قوله ﷺ « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء والكلاء والنار » وفى رواية أخرى « لا تمنعوا ماء ولا كلاء ولا نارا فإنه متاع للمقوين وقوة للمستمتعين » .

والجديث على روايته يعنى أن الشيوع فى الماء قد تقررت كحكم يرتبط بما يمكن أن يحققه الماء من منافع مشتركة للمستفيدين به فهو متاع للمقوين وقوة للمستمتعين . الأمر الذى يسمح بأن أقول إننا لو تصورنا جديلا مائلا لا يقيد إلا شخصا بعينه فإن حكم الشيوع يسقط عنه لانعدام حكمته وغياب مبرره . فلو نظرنا مثلاً إلى نهر النيل من حيث أنه نهر لا يصلح للملاحة بين مصر والسودان وأن نفعه الملاحة يقتصر على مصر فحسب فإن مياهه لا تخضع — من حيث الاستخدام الملاحة — لقاعدة الشيوع . وفى قول آخر فإن السودان لا يملك أن يدعى شيوعاً مع مصر بشأن الملاحة فى الجزء من النيل الذى يقع فى مصر .

وهكذا أنخلص إلى أن النهر الذى يخدم أكثر من دولة ويمكن أن يشبع حاجاتها كلياً أو جزئياً هو نهر يخضع لقاعدة الشيوع بمعنى أن الدول المطلة على حوضه تكون شريكة فى مياهه . فإذا أردت أن أصوغ هذه القاعدة صياغة عصرية أقول إن النهر الدولى فى النظرية الإسلامية هو النهر الذى تجرى مياهه فى أكثر من دولة ويتسع مآزده لاهتمامات الدول المشاطئة له . ولكن هل تكفى

وفرة الماء والجريان في اكثر من دولة في تعريف النهر الدولي سواء أكان استخدامه للملاحة أم لغيرها من الاستخدامات الاقتصادية ، أم اننا يجب أن نضيف إلى التعريف الذى اسلفته وصفا آخر ليكون تعريفا جامعاً .

إن تصورنا لصلاحية النهر للملاحة يقوم على فرضين :

- (١) أن تتوفر تلك الصلاحية فيما بين الدول المطلة على النهر فحسب ..
- (٢) أن تتوفر ايضا بالنسبة للملاحة القادمة من البحر ، أى الملاحة الدولية .

والحق أن كافة الأنهار الصالحة للملاحة فيما بين الدول الشاطئية تصب كلها — حسبما أعرف — في بحر ملحة ، وتبعاً فإن النهر الصالح للملاحة الإقليمية يصلح جغرافياً كذلك للملاحة العالمية . ومن ثم فإننا يمكن أن نكتفى بالتعريف السالف من حيث أن صلاحية النهر لإشباع حاجة الدول المطلة عليه في الملاحة المشتركة يعنى تبعاً أنه صالح للملاحة العالمية . ويمكن أن نضيف للتعريف وصفا توضيحياً في هذا المعنى . ومن ثم فإن النهر الدولي في النظرية الإسلامية هو :

١ — النهر الذى يجرى في إقليم أكثر من دولة ويمثل أهمية للدول المطلة على حوضه .

٢ — فإن كانت الأهمية ملاحية فانه يجب أن يكون — إلى جانب ذلك — صالحاً للملاحة ومتصلاً بالبحر . ولعل القلقشندى كان يقصد إلى هذا الشرط عندما قال إن الانهار الكبيرة هى التى تسير فيها السفن .

هناك نفر من الفقهاء المعاضرون يرون أن النهر يكون دولياً إذا كان ذا أهمية للجماعة الدولية حتى ولو كان يجزى في إقليم دولة واحدة . وهذا القول في رأى مرفوض في النظرية الإسلامية لأن شركة الناس للماء تفترض عندى أن تكون هناك علاقة إقليمية بين من يرغب في أن يستفيد من الشيوخ وبين المياه الشائعة . فليس منطقاً مثلاً أن مسلماً في الحبشة يدعى أنه صاحب حق شائع

في مياه توجد في مكة مثلاً وإنما أصحاب السيوع في مياه مكة هم أهل مكة ،
سواء أكانت إقامتهم مستقرة أم عارضة .

وهكذا نرى أن النظرية المعاصرة تلتقي مع النظرية الإسلامية في تعريف
النهر الدولي . ومؤدى النظرية الإسلامية على ما قدمت - هي أن الدول تملك
رقبة الأنهار التي تجري في إقليمها أما مياه تلك الأنهار فتثبت فيها بإباحة عادة
للدول على التفصيل الذي أذكره فيما يلي .

النظام القانوني للأنهار الدولية :

هناك قاعدة عامة تحكم كل ما أذكر في خصوص استخدامات الأنهار تلك
هي عدم الإضرار بالنهر ، فإذا ترتب على الاستخدام إضرار بالنهر كان لكل
دولة أن تمنعه لأن حقوق الدول الشاطئية جميعها وإباحة التصرف في الحق
مشروطة بانتفاء الضرر .

١ - بالنسبة للملاحة : أبرز القرآن الكريم أهمية الملاحة في العلاقات
الدولية فقال تعالى : « والفلك تجري في البحر بما ينفع الناس » (البقرة /
١٦٤) . صحيح أن الآية هنا تتكلم عن الفلك التي تجري في البحر ولكني
أسلفت بأن لفظة « البحر » يمكن أن ينصرف مذكولها في القرآن الكريم إلى
النهر أيضاً .

كذلك قال عز وجل « أم من جعل الأرض قراراً وجعل خلالها أنهاراً »
(النمل / ١٢) . فالمقابلة في الآية الكريمة تتعلق بالقرار في الأرض والمقابلة على
هذا النحو تشير في تقديرى إلى أن الحكمة الإلهية شاءت أن تشق خلال الإقليم
الثابت عناصر فيه تكون جارية وسائلة فاقتضت قدرة العلى التقدير أن تكون
الأرض قراراً وأن يجري خلالها أنهاراً . وجريان مياه النهر تحقق حكمة كبرى
هي صلاحيته للملاحة وكأن الآية الكريمة تقول إن الله قد خلق الأرض ليستقر
فيها الناس وشق خلالها أنهاراً لتحمل الناس من مستقر إلى آخر على هذه
الأرض .

لقد كانت القاعدة في القانون الدولي المعاصر تبيح للدولة أن تغلق قطاع النهر الذي يجري في إقليمها ضد الملاحة من أعلى النهر ومن أسفله ، فلما اجتمعت الدول في مؤتمر فيينا سنة ١٨١٥ رأت أن ترتب نظاما للممرات المائية الدولية فاتفقت على أن تقوم الدول الواقعة على النهر بتنظيم الملاحة فيه عن طريق الاتفاق المشترك آخذة في ذلك بالمبادئ التالية :

أ — حرية الملاحة في مجرى النهر جميعه .

ب — توحيد الرسوم والإجراءات ..

ج — قيام لجنة دولية بالإشراف وتحصيل الرسوم .

ثم اجتمعت أربعون دولة سنة ١٩٣١ في برشلوته ووقعت اتفاقية بشأن نظام للممرات المائية الصالحة للملاحة التي تكون محل اهتمام دولي . وتنص المادة الاولى من هذه الاتفاقية على أن تعتبر ممر مائيا ذا أهمية دولية كل الأجزاء التي تكون بطبيعتها صالحة للملاحة من وإلى البحر العام والتي تعبر أو تفضل — في جريانها — دولاً مختلفة . وتقبل كل الدول الموقعة حق الملاحة الحرة لسفن باقي الدول الموقعة في أجزاء الممر المائي الصالحة للملاحة والخاضعة لسيادتها . وذلك على أساس المساواة ودون تمييز بين الدول المطلة على النهر والدول غير المطلة عليه ، اللهم إلا بالنسبة للملاحة الساحلية فهذه يمكن للدولة أن تبقيا لمواطنيها هي وتلك أحكام تميز النظرية الإسلامية — في تقديرى — الاتفاق عليها بين الدول .

ولكن السؤال الجدى هنا إنما يثور حول ما إذا كان هناك حق عرفى بالملاحة الحرة في الانهار الدولية مستقلا عن الاحكام الوفاقية . إن الغالبية العظمى من الفقهاء المعاصرين ترى أن ماقدرته المعاهدة بإجازة الملاحة الحرة هو استثناء على مبدأ السيادة الخالصة ومن ثم فإنها تنكر وجود قاعدة عرفية تقر بحق الملاحة الحرة . ولكن هناك قلة ترى أن مبدأ السيادة الخالصة لا يتفق مع حقائق المجتمع الدولي ولذا ترى أن للدول النهرية حق ارتفاق بالملاحة الحرة في مجرى النهر الذى تطل عليه . فإذا اتجهنا إلى الممارسة الدولية نجد أنها عاجزة عن أن

تقدم لنا مساعدة جديدة في حل هذا الخلاف الفقهي على الرغم من أن الدول
تحرص في كثير من المناسبات على تأكيد مبدأ الملاحة الحرة في الأنهار الدولية .
وفي تقديرى أن الملاحة الحرة في الأنهار الدولية لم ترق بعد إلى مرتبة القاعدة
الدولية العرفية ، وتبعا فإننا لا نستطيع أن نحاج الدولة بالنسبة للملاحة الحرة في
الجزء من النهر الدولى الذى يجرى بإقليمها إلا طبقا لمعاهدة أبرمتها أو لقانون
اصدرته .

أما النظرية الإسلامية فلا تعرف هذا الخلاف لأنها بمبدأ الشيوع الذى تقوم
عليه تقرر مبدأ حرية الملاحة في الأنهار الدولية كقاعدة أولية من قواعد قانون
السلام في الإسلام . فمياه الأنهار الدولية شركة بين الدول صاحباتها وتجرى
فيها سفنها بما ينفع الناس . وهكذا سبقت النظرية الإسلامية بتدويل مياه
الأنهار الملاحية وزكت مبدأ عاما بحرية الملاحة فيها دون تعليق ذلك على إبرام
معاهدة أو إصدار قانون . فلكل من الدول الشاطئية حق ارتفاق بالملاحة في
الجزء من النهر الذى يقع في أقاليم الدول الأخرى . وماتقول به النظرية
الإسلامية هو ما فشلت أقلية من الفقهاء في الاقناع به اليوم بسبب عنجهية
السيادة التى تنفخ أوداج الدول .

ب — الاستخدامات الاقتصادية الأخرى غير الملاحية :

تختلف آراء الفقهاء المعاصرين في هذا المجال ، ويمكن أن أخصها فيما يلى :
١ — نظرية السيادة المطلقة وترى أن استقلال الدول إنما يكشف عن ذاته في
استخدام مياه الأنهار استخداما حرا انفراديا إلى أكمل حد . وهذا
معناه أن الدولة يمكنها أن تستهلك مياه النهر كاملة وأن تستخدمها كما
يحل لها دون قيد ، بل إن لها أن تغير مجرى مياه النهر ولو كان النهر يعبر
تخوما دولية . وفي إيجاز فإن هذه النظرية تماثل بين الأنهار الوطنية وبين
الجزء من النهر الدولى الذى يمر بإقليم الدولة . وتلك نظرية ترفضها
المفاهيم الإسلامية لأنها تقرر حقا خالصة لكل دولة على مياه النهر وليس
حقا شائعا ، والحق أنها نظرية ذات آثار فوضوية .

٢ — نظرية التكامل الإقليمي المطلق ، فهي تنظر إلى النهر على أنه وحدة إقليمية لا تجزئها الحدود السياسية وتفرض على الدول الشاطئية التزاما بأن تمتنع عن تغيير الظروف الطبيعية لجريان النهر وذلك حتى لا تتحكم دولة واحدة من الدول الشاطئية في مجرى النهر . وتتفق تلك النظرية مع روح النظرية الإسلامية . بيد أنها تختلف عنها في أن التكامل عندها يشمل النهر مجرى ومياها ، أما التكامل في النظرية الإسلامية فهو — كما قدمت — تكامل في المياه فحسب فالجرى يظل خاضعا لسيادة الدولة المعنية وجزءا من إقليمها الثابت .

والواقع أن هذه النظرية تحاى دول النهر السفلى بالنسبة للإشراف على النهر ودوله العليا بالنسبة للملاحة في حين أنها تتصور أنها تحقق المساواة بينها .

٣ — نظرية الملكية المشتركة ويستمد أصحاب هذه النظرية سندهم من سنن الطبيعة ، ومؤداها أن النهر الذى يجرى في أقاليم عدة دول يعتبر ملكا مشتركا بينها فالنهر مجرى طبيعى يضى — بجانب تسهيلات الملاحة — حقوقا ومزايا تبعية مثل الصيد واستخدام المياه للرى أو استخراج الطاقة . ومن ثم فلا تملك دولة من الدول الشاطئية أن تحرم باقى الدول من هذه الحقوق والمزايا فمنح الطبيعة هي لخير الإنسانية وليس لدولة أن تمارس حقوقها على نحو يحرم الدول الأخرى من حقوق معادلة . وهذه النظرية التى تتفق مع منظور ومفهوم النظرية الإسلامية والطريف أن الأخذ بهذه النظرية يحتاج — طبقا لقواعد القانون الدولى المعاصر — إلى إبرام اتفاق بين الدول المعنية ولكنه لا يحتاج إلى ذلك في مفهوم النظرية الإسلامية .

وإذا أردت أن أطور أحكام استخدام تلك الأنهار من المستوى الوطنى إلى الصعيد الدولى أقول إن للدول الشاطئية أن تقسم الانتفاع بمياه النهر بنسبة مالها من مصلحة وهذا التقسيم يكون إما بالزمن بأن تأخذ كل دولة أياما محددة

(وهذا أنسب للدول المتقابلة) . وإما بالعداد بأن تأخذ كل دولة امتارا مكعبة من المياه معلومة المقدار — أو ما يشبه ذلك من وسائل التقسيم المختلفة (وهذا أنسب ، للدول المتتابعة) .

· وجدير بالذكر أن الاستخدامات الاقتصادية غير الملاحية هي التي شغلت بال الفقهاء المسلمين القدماء حتى أنهم كانوا يفسرون آيات القرآن الكريم المتعلقة بالأنهار من هذا المنطلق ، وهذا أمر يدهشني لأن الملاحية النهرية أمر عرفت الدولة الإسلامية وكان يجري في بعض أقاليمها . وأضرب مثلاً لذلك بالآية الكريمة « وألقى في الأرض رواسي أن تمشيد بكم وأنهارا رسيلاً » (النحل / ١٥) إذ نجد أن ابن كثير يفسرها من زاوية المنافع الاقتصادية بتغيير الملاحية فحسب فيقول « وجعل فيها أنهارا تجري من مكان إلى مكان آخر رزقا للعباد ينبع في موضع وهو رزق لأهل موضع آخر فيقطع البقاع والبراري والقفار ويخترق الجبال فيصل إلى البلد الذي سخر لأهله » (تفسير القرآن العظيم لابن كثير — كتاب الشعب ، المجلد الرابع ، ص ٤٨٢) . وفي تفسير قوله سبحانه وتعالى « الذي مد الأرض وجعل فيها رواسي وأنهارا » يقول ابن كثير « أجرى فيها الأنهار والجداول والعيون لسقى ما جعل منها من الثمرات المختلفة الألوان والأشكال والطيور والروائح » (تفسير ابن كثير — المرجع السابق ، ص ٣٥٢) .

وإذا كان الفقه التقليدي قد اهتم بالاستخدامات المتعلقة بالزراعة والشفه وما إلى ذلك فإن مرجع ذلك هو أنها كانت هي الاستخدامات الاقتصادية المعروفة وقتئذ . ولذا فإن هذا لا يطبق علينا اليوم والقياس فيه يكون على المبدأ أصلا . والقول عندى إن الفقه الإسلامى كان سابقا في تقرير نظرية الملكية المشتركة بالنسبة للأنهار الدولية . فهذا — مثلا — أبو يوسف يقول إن للناس أن يستقوا من النهر الكبير (والكبير هنا كما اسلفت يبدو أنها تعبير مقابل للدولى في عصرنا) ويسقون الشفه والحافر والخف وليس لأحد أن يمنع ، ولكل قوم شرب أرضهم ونخلهم وشجرهم ولا يحبس الماء عن أحد دون أحد (الخراج

لأبي يوسف — القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٢٠٩) . وفي حديث عن الرسول ﷺ . رواه الإمام أحمد « لا يمنع أحدكم الماء مخافة الكلاء » . ويقول ابو يوسف أيضا « الفرات ودجلة يسقى منهما من شاء وتمر فيهما السفن ولا يكون فيهما شفعاء ليس كهيتهم في الشرب » (الخراج ، المرجع السابق — ص ٢١٠) . وأود هنا أن أشير إلى أن أبا يوسف تكلم — كما أسلفت القول — عن مرور السفن في الأنهار الكبيرة فكانت منه إشارة عابرة .

إن الأحكام السالفة تفترض أن مياه النهر من الارتفاع بحيث يمكن استخدامها الاستخدام الاقتصادي المرغوب دون حبس ، فما القول لو استغل ماء النهر وكان لا يعلو للشرب أو لغيره من الاستخدامات الاقتصادية الأخرى ، ألا يجبهه ؟ .

يقول صاحب الأحكام السلطانية — أبو يعلى والماوردى — إن للأول من أهل هذا النهر أن يبتدىء بسقى أرضه حتى يكتفى منه ويرتوى ثم يجبهه من يليه حتى يكون آخرهم أرضا آخرهم حبسا . وهذا يعنى أن الأولوية هي لدولة أعلى النهر وأن دولة أسفل النهر هي آخر الدول حبسا للنهر . والطريف أن هذا القول يكرره كثير من فقهاء القانون الدولى المعاصر — وفي مقدمتهم فاتيل — حيث يرى أن النهر محمل بحق ارتفاق لصالح الدولة الكائنة بأعلى مجرى النهر .

إن مياه النهر الدولى تعد من المشتركات العامة بين الدول . والمشاركات هي الثروات الطبيعية التى لا يأذن لإسلام لدولة بذاتها بالانفراد بها وإنما يسمح للدول جميعا بالاستفادة منها مع احتفاظ مياه النهر بصفة الاشتراك والعموم . وعلى هذا الأساس نعرف أن المصادر الطبيعية المكشوفة للمياه تخضع لمبدأ الملكية المشتركة . وإذا حازت دولة منها كمية ملكت الكمية التى احتازتها ، فلو اغترفت من النهر بآلة أصبح الماء الذى اغترفته ملكا لها بالحيازة .

فالعامل إذن هو أساس حق الدولة فيما تسيطر عليه من مياه النهر ، وأما

دخول شيء من مياه النهر في سيطرة دولة بتسرب الماء من النهر إلى إقليمها دون
بل منها فلا يبرر تملكها له بل يبقى الماء على إباحته العامة ما لم تبذل عملا في
حيازته .

وقد أسلفت أن الرأي عندى هو أن علاقة كل دولة شاطئية بمياه النهر هي
علاقة حق لا علاقة ملك على الرغم من أنها تملك مجرى النهر في ذاته . ولذا
فإن كل دولة أحق بماء النهر الذى يجرى في إقليمها بقدر حاجتها لكافة
الاستخدامات المشروعة ، فإن فضل بعد ذلك شيء وجب عليها بذله بلا
عرض للدولة التى تحتاج اليه . وفى قول آخر فإن أى دولة لا تملك أن تمنع
الفائض عن الدول الأخرى وذلك فى الحدود التى لا تتعارض مع حقها لأن
الدولة لا تملك المياه — بوصف أن المياه مصدر طبيعى — وإنما هى أحق بالمياه
نتيجة لخلقها الفرصة التى اتاحت لها الانتفاع بالمياه (محمد باقر الصدر —
اقتصادنا ، بيروت ، ط ١٩٨٢ ، ص ٤٦٦ — ٤٦٨) .

ولكن هل حق دولة أعلى النهر فى حبس مياه النهر حق مطلق ؟ الواقع أن
حق الحبس هذا ليس حقا مطلقا فقد وضعت له الدولة الإسلامية ضوابط
تنظمه .

يقول الفقهاء إن ماتحبسه الدولة فى أرضها هو إلى الكعبين . فإذا بلغ
الكعبين أرسل على الدولة التالية ، وذلك لما نص عليه الحديث من أن رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم فى مهزور وادى بنى قريظة أن الماء إلى الكعبين ، يحبس الأعلى على
الأسفل . « وإذا استوى اثنان فى القرب من أول النهر انقسما إن أمكن فإن لم
يمكن أجريت القرعة بينهما فيقدم من تقع له ، فإن كان الماء لا يفضل عن
أحدهما : سقى من تقع له القرعة بقدر حقه فى الماء ثم تركه للآخر وليس له أن
يسقى بجميع الماء لأن الآخر يساويه فى الاستحقاق . وأما القرعة فهى للتقديم
فى استيفاء الحق لا فى أصل الحق بخلاف الأقرب مع الأبعد فإنه ليس للأبعد
حق إلا فيما فضل عن الأقرب » (عبد الله بن عبد الرحمن الرشيد — الاموال
المباحة وأحكام تملكها فى الشريعة الإسلامية ، الرياض ، ج ٢١ ، ١٩٨٤ ،
ص ٢٠٣) .

ولكن هذا الذى جاء به الحديث إنما روعيت فيه ظروف الزمان والمكان ،
ولذا فإن القياس عليه يكون قياساً على المبدأ وليس على التفصيل لاسيما إذا كنا
بصدد وضع أحكام للعلاقات الدولية وليس للعلاقات الفردية .

ولذا فإن قدر ما يجبس إنما تحدده الأعراف أو الاتفاقيات أو يتغيا قاعدة
« لا ضرر ولا ضرار » .

« وقد قيل : إن هذا القضاء ليس على العموم فى الأزمان والبلدان وإنما هو
مقدر بالحاجة وقد يختلف من خمسة أوجه :

أحدها : باختلاف الأرضين ، فمنها ما يرتوى باليسر ومنها ما لا يرتوى إلا
بالكثير .

والثانى : باختلاف مافيهما ، فإن للزرع من الشرب قدرا ، وللنخيل
والأشجار قدرا .

والثالث : باختلاف الصيف والشتاء ، فإن لكل واحد من الزمانين قدرا .
والرابع : باختلافهما فى وقت الزرع وقبله . فإن لكل واحد من الوقتين
قدرا .

والخامس : باختلاف حال الماء فى بقاءه وانقطاعه فإن المنقطع يؤخذ منه
ما يدخر والدائم يؤخذ منه ما يستعمل . فكان معتبرا بالعرف
والعادة المعهودة عند الحاجة « (الأحكام السلطانية لآبى يعلى ،
المرجع السابق ، ص ١٩٩) .

ومن ثم فإن لدول أعلى النهر أن تستفيد من امكانات النهر فى حدود
مقتضيات حسن النية والجوار ودون أن تتخطى كمية معينة تقدر بما تسير عليه
الأعراف الدولية أو الممارسات الجارية ، ثم تطلق باقى امكانات النهر كى تفيد
منها الدول الشاطئية التى تليها .

ويطيب لى أن أقرر أن نشاط الدولة المشروع داخل اقليمها وفى حدود
ما هو مسموح به لها دفع عنها المسئولية عن أى ضرر يلحق بالدول الشاطئ

الآخري بسبب ذلك النشاط على أساس أن هذا نشاط مباح فيما تملك أو أنها تصرف في ملكها بمباح .

صورة خاصة لاستخدام الأنهار الدولية (الأنهار المحفورة) :

وهي ما يحتفره الآدميون في الأرض وتستمد مياهها من نهر عام أو هي ماتحتفره الدولة في أراضيها وتستمد مياهه من نهر دولي فإن استخرجت من نهر صغير نظر فإن كان ذلك ضارا بالدول الشاطئية منع العمل وإن كان غير مضر لم يمنع . ولا تعتبر الدول بحفر هذا النهر أنها قد أحرزت الماء لأنها لم تستول عليه ولم تحتزه . والماء في الأصل — قبل جريانه في النهر المحفور — مباح لإباحة عامة فضلا على أنه مازال متصلا بالمجرى العام إذ أن المياه تتجدد بجريانها ، ثم إن تلك المجارى لم تتخذ لحفظ المياه وإحرازه وإنما لمجرد إجرائه فيها لتوصيله إلى الأرض . لقد أوجدت هذه الاعتبارات شبهة الإباحة في هذا الماء ولذا رتب الشارع فيه عند الحاجة إباحة محدودة . إن هذه الإباحة تقتصر بالنسبة للنهر المحفور المملوك ملكية خاصة على حق الشفء ومايلحق به من أخذ الماء للاستعمال المنزلي وسقى الدواب وما إلى ذلك ، ولكن لا يثبت حق الشرب إلا بإذن صاحبه لأن في إباحة حق الشرب ضرر عظيم بصاحب الأرض إذ فيه احتمال إبطال حق صاحبه الذي أجرى الماء في ملكه الخاص . وعلى هذا لا يثبت الشرب في هذه الأنهار إلا بتقديم غير معروف أو بإذن خاص من المالك . ومعنى ذلك في أحكام القانون الدولي أن للدول الشاطئية أن تستخدم هذا النهر لاستداد حاجتها شريطة توافر اعتبارين : (١) أن يكون ذلك دفعا لضرورة . (٢) ألا يترتب على الانتفاع إضرار بمصالح الدولة التي احتفرتة . فإن توفرت هذان الشرطان ومع ذلك منعت الدولة صاحبة النهر المحفور الدول الأخرى من الاستفادة به وكانت الدول في اضطراب إلى ذلك الاستخدام كان لتلك الدول أن تلجأ إلى القوة ، إذ مادام أن الماء غير محرز ويجرى متتابعا فهو باق على الإباحة الأصلية ، ومن منع من أخذ ماله حق في أخذه كان له أن يستخدم القوة لتأمين حقه . وذلك لما روى من أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله

أن يدلّوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلّوا فأبوا فقالوا لهم إن اعناقنا وأعناق مطايانا كادت تنقطع فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال (هلا وضعتم فيهم السلاح) (محمد ابو زهرة — الملكية ونظرة العقد فى الشريعة الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٣٩ ، ص ٧٩) . ويقابل هذا الحق التزام يوجب على الدول الشاطئية أن تتحرى فى استعمالها للنهر المحفور ألا يترتب على هذا الاستعمال ضرر للنهر وإلا جاز للدولة صاحبة النهر المحفور أن تمنع ذلك الاستعمال إذ لا يصح أن يضيع الحق الأصلى فى سبيل حق ثبت للضرورة ودفعاً للأذى عن الناس وسداً لحاجتهم : وفى قول آخر فإن الدول الشاطئية يجب ألا تتعسف فى استخدام حقها أو أن تسيء استعماله ، وكذا عليها أن تراعى ممارسة حقها بأقل قدر ممكن من انتهاك سيادة دولة الإقليم .

فإن كان الحافر للنهر أكثر من دولة فإن استخدامها للنهر يمكن أن يتبع واحداً من فروض ثلاثة يتحدد بها نصيب كل منها فى النهر دفعا للنزاع وتحقيقاً للعدالة :

أ — أن تتناوب الدول على النهر لفترات متتالية تقرر بحسب عدد الدول وطبعاً كلما قل العدد كلما زادت فترة الانتفاع به ، فإن اختلفوا حول ترتيب الاستفادة كان عليهم أن يقترعوا حتى يتحدد لهم ترتيب الأول ثم من يليه ، والاقتراع حل غير شائع فى الممارسة الدولية المعاصرة على الرغم من طرافته .

ب — أن تقتسم الدول المشتركة الانتفاع بالمياه ثم تأخذ كل دولة نصيبها عن طريق استخدام الآلات أو غير ذلك من الوسائل المتاحة .

ج — أن تتفق الدول الشاطئية على طريقة أخرى للاستفادة بمياه النهر المحفور لاسيما إذا كانت مياه النهر من الوفرة والمنسوب بحيث تواجه حاجات الدول المشتركة دون مشاحنة أو معارضة .

إن صورة النهر المحفور صورة واقعية غير بعيدة عن الممارسة الدولية ولكن الفقهاء المعاصرين لم يخصصوها بالاهتمام كما فعل الفقهاء المسلمون . والحق أن هذه الصورة الخاصة من صور استخدام الأنهار لها تميزها الذى يؤهلها لأن تكون

محل عناية خاصة ودراسة واضحة دفعا لما قد تثيره من خلافات أو قد تستحثة من منازعات . وإذا كان الفقه التقليدي قد عنى بالأنهار المحفورة ذات الملكية الخاصة فإنه قد خلف مع ذلك أفكارا ومبادئ يسرت لنا استنباط أحكام الأنهار المحفورة التي تملكها الدول .

فرع ملحق في المياه الجوفية (الآبار والعيون)

تمهيد وتحديد :

صحى العالم في الآونة الأخيرة على إيقاع رهيب في تزايد عدد سكانه فتقارير الأمم المتحدة تبشر بأن تعداد سكان المعمورة سوف يتجاوز ستة بلايين نسمة مع بدايات القرن الحادى والعشرين . ومن العجب أن العالم قطع شوطا طوله بليون عام كى يتجمع فوق سطح البسيطة بليون من البشر ولكن بمجلة الزمن دارت فإذا به يشهد زيادة قدرها بليون خلال قرن واحد ، بل إن البليون الأخير أضيف خلال خمسة عشر عاما . ويصل معدل زيادة السكان إلى الضعف كل خمس وثلاثين سنة . وبدهى أن يتواكب مع هذا التكاثر المذهل تدافع شديد على موارد المياه وتنافس بالغ لاحتيازها ، فالله قد خلق من الماء كل شيء حى . وفي هذا الخضم من المشكلات تبرز أهمية المياه الجوفية ، حيث أن ٩٥٪ من المياه السطحية توجد في المحيطات ولا تزيد نسبة المياه العذبة السطحية على ٢٪ في حين أن المياه الجوفية تبلغ أضعافا مضاعفة لتلك النسبة . وهناك عدد لا يستهان به من الدول يعتمد أساسا في اشباع حاجاته على المياه الجوفية فهذه اسرائيل تستمد ثلثي متطلباتها من المياه الجوفية ، وهناك دول اوروية مثل الدانمارك وألمانيا الغربية وهولندا تقضى ثلاثة أرباع استهلاكها من المياه الجوفية ، وفي دول أخرى — كتونس وبلجيكا — نجد تسعة أشخاص من كل عشرة يعيشون على المياه الجوفية ، والأمثلة كثير .

وإن تعجب فمحب أن هذا الاهتمام الذى يعرفه للمياه الجوفية جمهور العلماء لا يواكب اهتماما مماثلا من معظم الفقهاء فالعلماء يجدون ويكشفون والفقهاء يغطون فى النوم ولا يفيقون . كذلك تشح الممارسات الدولية فى تزويدنا بوثائق أو سوابق تسهم فى تكوين أو استنباط قواعد وأعراف دولية تستقر فى هذا المقام .

والطريف أن القلة من المعاهدات التى أشارت إلى المياه الجوفية ذكرتها فى صورة آبار وعيون ، فذلك مثلا مافعلته بريطانيا وفرنسا فى اتفاقية سنة ١٨٩٨ بشأن الحدود بين تشاد وجيبوتى وفى اتفاقية سنة ١٩٢٣ عن الحدود السورية الفلسطينية ، وكذلك أيضا مافعلته وفاق الحدود بين البرتغال واسبانيا سنة ١٩٢٦ ، وهكذا .

فإذا استقرأنا التاريخ نجد أن الصين هى أول حضارة أولت رعاية لتنظيم المياه وترتيب استخداماتها بيد أنها صرفت جل همها إلى المياه السطحية . أما الرومان — وعندهم أخذ الأوروبيون فى العصور الحديثة — فيوحدون بين المياه والأرض ويجعلون مالك الأرض هو مالك ما بها من موارد مائية ، فلا غرو أن ينقل الأوروبيون — وهم أرباب القانون الدولى الحديث — أن ينقلوا نظرة الرومان هذه إلى القانون الدولى المعاصر فيؤكدون للدولة سيادة خالصة على الموارد المائية التى تكمن فى إقليمها .

ومن قبل جاءت الحضارة العربية — متأثرة إلى حد بعيد بالأفكار البابلية — لتضع تنظيمها يتناول المياه الجوفية . ولا أغالى — إزاء تلك الحقائق — إذا قلت إن الفكر الإسلامى هو الذى أהלّ على العالم بتفصيل محكم وتقنين متكامل للمياه الجوفية .

والواقع أن اهتمام الجماعة الدولية بالمياه لا يرجع إلى عجز فى تلك المياه بقدر ما يرجع إلى عدم التعادل فى توزيعها ، فهى تفيض فى مناطق وتنضب فى أخرى . ثم إنها قد توجد ولكن على اغوار قد تتجاوز ٧٥٠ مترا تحت سطح

البحر في بعض الأماكن . وقد أشار القرآن الكريم إلى منة الله على عباده بالمياه الجوفية فقال تعالى « وأنزلنا من السماء ماء بقدر فأسكنناه في الأرض وإنا على ذهاب به لقادرون » (المؤمنون / ١٨) .

• ماذا يقول المسلمون (أخرج منها ماءها ومرعاها)

تكلم الفقهاء المسلمون عن أحكام المياه الجوفية التي يصل إليها الإنسان بالاجتفار أو بالاستنباط ، أى بحفر بئر أو استنباطها من عين . وتوقع الفقهاء أن المياه الجوفية مياه تجري من مكمن جوفى فأروا أن يضموا ملكية المكمن إلى ملكية البئر أو العين ولكن في حدود الحاجة . فقرروا لكل بئر أو عين حريماً — هو القياس السطحي للمكمن الجوفى — يختلف باختلاف الاستخدام الذى تخصص له المياه . وأغلب الظن عندى أن ملكية المكمن هى الاعتبار الأول الذى وضعه الفقهاء في حسابهم عندما أدلوا بأرائهم في أحكام الآبار والعيون ولذلك درستها تحت عنوان « المياه الجوفية » . ذلك أننا لو افترضنا جدلاً أن مياه البئر أو العين لا تعدو الكمية التى نحد بها البئر أو العين وأنه بنفاد هذه الكمية تجف البئر أو العين لكان معنى ذلك أننا نتعامل في كمية محدودة من المياه لا تستأهل الجهد الفقهي الجاد ولتعلق الأمر بمستتقع من الماء وليس ببئر . ولكننا نتعامل مع مياه تتجدد على الدوام بما يحتويه المكمن الجوفى من كميات .

وبدهى أننا نستطيع اليوم — مع الإبقاء على الفكرة التقليدية وهى الحاق ملكية المكمن الجوفى بالمياه السطحية — أن نقدر حريم البئر أو العين أى مكمنه بالوسائل التقنية الحديثة بدلاً من التقدير الجزافى الذى لجأ إليه الفقه التقليدى بل نستطيع أن نحدد علاماته . ويعرض الماوردى لأحكام البئر وأحكام العين . أما عن البئر فيقول إن لحافرها ثلاثة أحوال :—

١ — أن يحتفرها للسابلة فيكون مأوها مشتركاً وحافرها فيه كأحدهم . ويشترك في مائها إذا اتسع لشرب وسقى الزرع فإن ضاق عنهما كان شرب الحيوان أولى به من الزرع ويشترك فيها آدميون والبهائم . فإن ضاق عنهما كان آدميون بمائها أحق من البهائم .

٢ — أن يحتفرها لارتفاع بمائها . كالبادية إذا انتجعوا أرضا وحفروا فيها بئرا وشربت فيها مواشيهم كانوا أحق بمائها ما أقاموا عليها في نجعهم . وعليهم بذل الفضل من مائها للشاربين دون غيرهم . فإذا ارتحلوا عنها صارت البئر سابلة . فإذا عادوا إليها بعد الارتحال كانوا وغيرهم فيها سواء ويكون السابق إليها أحق بها .

٣ — أن يحتفرها لنفسه ملكا . فما لم يبلغ بالحفر إلى استنباط مائها لم تستقر له ملكية عليها وإذا استنبط ماءها استقر ملكه عليها كمال الإحياء . وإذا استقر ملكه على البئر وحريمها فهو أحق بمائها . فإن فضل منه فضل لازمه بذلك للشارب من أربساب المواشي والحيوان . واختلف في بذله للزرع فمنهم من قال لا يلزمه ومنهم من قال يلزمه . وأما العيون فيقسمها الماوردي ثلاثة أقسام :

١ — أن يكون مما انبع الله ماءها ولم يستنبطه الآدميون ، فحكمها حكم ما أجراه الله من الأنهار .

٢ — أن يستنبطها الآدميون فتكون ملكا لمن استنبطها ويملك معها حريمها وهو خمسمائة ذراع .

٣ — أن يستنبطها الرجل في ملكه فيكون أحق بمائها كشرب أرضه فإن كان قدر كفايته أقل حق عليه فيها إلا لشارب مضطر . وإن فضل عن كفايته وأراد أن يحبي بفضله موافقا فهو أحق به لشرب مآحياء . وإن لم يرد له لموات لزمه بذله لأرباب المواشي دون الزروع . (الأحكام السلطانية — مرجع سابق ، ص ٢٠١ — ٢٠٦) .

والذي يعينى الآن هو مدى قابلية ماخلفه الفقه التقليدى فى المياه الجوفية من أحكام داخلية لأن يصبح أحكاما دولية ، وهل يمكن أن نترجم مأوجزته فيما سلف بلغة القانون الدولى الإسلامى ؟ .

إن الغاية الأساسية — فيما أرى — من أحكام مياه الآبار والعيون هي تنظيم الاستفادة بالمياه الجوفية وقد تحقق ذلك بالعلاقة التي أقامها الفقهاء بين مياه السطح لتلك الآبار والعيون وبين جوف المكمن الذي تستمد منه البشر أو العين ماءها ، وذلك بتوفير منطقة من الحمى لكل بئر أو عين أسموها حريم البشر أو حريم العين .

ولعل الملاحظة الأولى التي لاتفوت على الباحث هي أن الفكر الغربي والممارسات الدولية الحديثة قد تقف أثر النظرية الإسلامية في الربط بين المياه السطحية والمياه الجوفية والاشارة إلى المياه الجوفية — كما أسلفت — في صورة آبار وعيون .

إن ماقدمته في النظرية الإسلامية ينتهى إلى التعليق بأن الفقه الإسلامى استشرף الاقتتال على المياه لا سيما فى المناطق الجرداء القاحلة وتوقع ماقد يسفر عنه ذلك من شحناء وبغضاء فوضع القواعد التى تضمن عدم التنازع وتؤمن الحقوق بلا تكالب فاهتم بأن يلحق بمياه السطح قدرا من مياه الجوف يوفر للمستفيد حاجته ولا يمنع على الغير اشباع ضرورته . ومن هذا المنطلق أرى أن الفقه حرص فيما خلفه لتأمين أحكام الأنهار على تأكيد المعانى التالية :

١ — حقوق الجماعة فى المياه الجوفية فقد جعل هذه الحقوق ارتقاقا على اية ملكية خاصة للمياه الجوفية . ولذلك نجد أن المياه الجوفية ملك عام للدولة فى برونى وأن احتفار الآبار (الفانات) فى إيران رهن بإذن السلطة .

٢ — من يختار تلك المياه عن طريق احتفار بئر أو استنباط عين لا يملك المياه الجوفية مطلقة وإنما تكون له حقوق افضلية فى استخراج مائها تقف عند حد استداج حاجته واشباع رغبته دون أن يمنع فائضه على المحتاج أو من كان فى مخمصة . ولذلك قرر الرسول ﷺ للناس جميعا حقا مطلقا بالشرب لا يستطيع مالك البئر أو العين أن يرد طالبه من فائض الماء .

- ٣ — ترتيب أهمية استخدامات المياه الجوفية بحيث تبدأ بشرب الآدميين ثم البهائم ثم سقى الزرع .
- ٤ — جعل الأرض تابعة للمياه على عكس المفهوم الغربى الرومانى الذى يجعل المياه تابعة للأرض ، ولذلك اتفق الفقهاء على أن ملكية البئر أو العين تستجر ملكية امتداد معين من الأرض .
- ٥ — اهتم الفقه بمفهوم المورد البديل للمياه وكان لهذا المفهوم أثر هام فى تنظيم المياه الجوفية . وقد خلقت هذه الأحكام الاساسية عادات وأعرافا كانت محل احترام على مر الايام .
- وقد أحسنت مجلة الأحكام العدلية فى تقنين المفاهيم الإسلامية للمياه الجوفية طبقا للمذهب الحنفى على النحو التالى :—
- ١ — المياه الجوفية اللازمة للجماعة تعتبر ملكية عامة ولا تباع، وتنظم الآبار التى يكون مالکها مجهولا (م ١٢٣٥) .
- ٢ — يجوز لمن يملك بئرا فى أرضه أن يمنع أى شخص من أن يتهك حرمة بقصد الشرب مالم يكن هناك مورد عام آخر للشرب . وحريم البئر ملك خاص لمالك البئر ولا يجوز لأى شخص أن يهيمن عليه بأية صورة كانت . فإذا حفر المرء حفرة فى حريم غيره جاز لمالك الأرض أن يطمها ولا يجوز لحريم بئر جديدة أن يتعدى على حريم بئر سابقة (م ١٢٨٧) .
- ٣ — إذا حفرت بئر خارج حريم بئر أخرى وسالت مياه البئر القديمة إلى البئر الجديدة فلا ضير فى ذلك ، ومن يحفر فى ملكه بئرا لا يكون لبئر حريم . ومن ثم فإن الجار يستطيع أن يحفر بئرا مجاورة فى ملكه ولا يملك صاحب البئر الأولى أن يمنعه ولو كانت تستجر ماء بئر (م ١٢٩١) .

وجدير بالذكر أن أحكام النظرية الإسلامية بالنسبة للمياه عموماً والمياه الجوفية على وجه الخصوص ليست قاصرة على المسلمين وإنما يخاطب بها الإنسان وتتغيا الإنسانية جمعاء فهي حقوق لكافة البشر (انظر Ludwik A., Telcaff and Albert Euiton-International Groundwater Law, Oceand Publications, 1981, p.. 34).

وعلى الرغم من أننا لا نستطيع أن نقول إن أحكام القانون الدولي المعاصر قد تبلورت في شأن المياه الجوفية إلا أننا يمكن أن نحدد ملامح الاتجاهات الرئيسة فيما يلي :

- ١- — هناك اتجاه يذهب إلى أن الدولة تتمتع على إقليمها بسيادة مطلقة وانها تمارس هذه السيادة على ما يحتويه الإقليم من مياه جوفية ، وتبعاً فللدولة حرية استخدام مياهها الجوفية كما يحلو لها بغض النظر عن أثر ذلك على إقليم الدولة المجاورة . ويطلق البعض على هذا الاتجاه مسمى « مذهب هارمون Harmon » نسبة إلى هارمون المدعي العام الأمريكي الذي دافع عن هذا الرأي سنة ١٨٩٦ في نزاع ميع إلبكسيك حول نهر (أوبريو) جراندى .
- ٢ — وهناك من يرى رأياً مقابلاً لما أسلفت فيذهب إلى أن مكن المياه الجوفية — بسبب السيولة الطبيعية — هو جزء من إقليم الدولة وتبعاً فلا يجوز أن تقوم دولة يمر تحت إقليمها بإعاقة هذه السيولة ولا أن تتحكم فيه وحدها وإلا كان هذا انتهاكاً لوحدة المكن الإقليمية . وطبقاً لهذا الاتجاه فإن دولة المكن العليا يمكن أن تستفيد استفادة معقولة من المياه التي توجد بإقليمها رهناً بالأ تغير من سيولته الطبيعية في إقليم دولة أخرى .

ويؤخذ على هذين الاتجاهين أن تطبيق أى منهما على المياه الجوفية لا يقدم أحكاماً مناسبة لحل المشكلة . فالأول يغرق في الاستقلالية والثاني ذو سمة فوضوية ، وفي كلا الاتجاهين ترتفع المصالح الذاتية والأنانية إلى مستوى

المبادئ القانونية . ولذا برزت اتجاهات أخرى تتوسط بين هذين الاتجاهين المتغاليين وتنطلق من مدرك السيادة الإقليمية المحدودة على الموارد المائية المشتركة من حيث أن ممارسة كل من الدول المعنية لسيادتها على المورد المائي يمكن أن يوفق بين المصالح المتضاربة . ولعل أهم هذه الاتجاهات التوفيقية هي :-

١ - نظرية التوزيع المقسط أو المصالح الجماعية وتقوم على أن المياه الجوفية إذ تتحدى طبيعتها الحدود السياسية تعتبر وحدة اقتصادية بغض النظر عن الحدود السياسية وتبعا فإن مياه المكمن تعود إلى الدول المتعلقة عليه . ولهذا النظرية ميزة أنها تفرض نوعا من التعاون بين الدول ذوات المصلحة وتكافلها في تطوير متكامل للمكمن .

٢ - نظرية الاستخدام المقسط ، وتسعى تلك النظرية إلى تقويم المصلحة التي تعود إلى كل دولة بالمقابلة لما قد يصيب الدول الأخرى من أضرار ، وتأخذ في ذلك ما يسمى بقواعد هلسنكي . وتقوم تلك القواعد على العناصر التالية :

أ - جغرافية الحوض ب - العلاقة بين مياه السطح ومياه الجوف ج - الاستخدام السالفة لمياه المكمن د - الحاجات الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة متعامدة على المكمن ه - مقارنة نفقات الوسائل البديلة لإشباع حاجات الدولة ومدى توافر موارد أخرى و - تجنب التبريد الذي لا مبرر له ز - مدى فعالية التعويض ح - الاتفاقيات المسبقة بين الدول المعنية

ولعلنا نلاحظ مدى التقارب بين هذه الاتجاهات والنظريات وبين النظريات التي أسلفتها بشأن المياه السطحية التي تجرى بها الأنهار . بيد أننا لا نتكلم هنا عن مبادئ قانونية حظيت باعتراف دولي بالمعنى الصحيح وإنما نعرض لتصورات تنسيقية أو تفسيرية نستمدّها من سلوك بعض الوحدات الدولية .

والآن أين تقف النظرية الإسلامية بين هذا الجدل الفقهي ؟. أرى ان الإجابة على هذا السؤال تقتضى منا أن نبدأ أولاً بتفهم مدرك « الحريم » وتحديد الأحكام الخاصة به .

والحريم هو ماتمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور وإن حصل أصل الانتفاع بدونه . وللحريم أنواع اختلف الفقهاء في أمرها ، فهناك من ذهب إلى تحديد هذا الحريم بمسافات تقاس بالذراع وتتراوح بين ٢٥ ذراعاً وتصل إلى خمسمائة ذراع . وهناك من قدر الحريم بالقدر الذى يحتاجه صاحب البئر أو العين للانتفاع بها ولا يستتضر بأخذه منها . بل إن فريقاً ثالثاً ترك تحديد الحريم لحكم العرف ، وذهب فريق رابع إلى أن الحريم هو ماتحتاج إليه فى ترقية مائها عنها فإن كان بدولاب فقدر الثور وإن كان بساقيه فتعد به طول البئر ، ولكن ما الحكم لو إن السقى — كما هو الآن — أصبح بآلة ميكانيكية . الحق أن هذه التقديرات الجزافية تتفق مع المعرفة العلمية التى توفرت للمسلمين وقتهااتهم وقتئذ بالنسبة لقياس حجم المكان المائية الجوفية وتقويم حاجة صاحب البئر أو العين من تلك المياه بحسب نوع الاستخدام الذى يحتاج فيه إلى ماء البئر أو العين . ولكننا نستطيع اليوم بفضل ماتوصلنا إليه من تقانة أن نقدر حجم المكن بدقة وأن نرسم علاماته على الأرض فى مواقعها الصحيحة ، وتبعاً احتساب مقدار مايخصص منها لصاحب البئر أو العين بالنسبة لاستخدام بذاته ، فيكون ذلك أساس تحديد أبعاد حريم البئر أو العين على اليابسة . وإذن فحق الدولة فى حرّيم `بئر` احتفرتها أو عين استنبطتها لمائها يمكن تحديده وبيان علاماته على هدى من الحقائق العلمية التى تكشف عنها التقانة الحديثة بالنسبة للمكن المائى المعنى . ويحدد حق الدولة فى الحجم الذى جرى به العرف الدولى فى مثل الحالة المبحوثة ، فإن لم يكن هناك عرف تحدّد بمقدار حاجة صاحب البئر أو العين للانتفاع بالمياه انتفاعاً مجدياً . ويمكن أن يكون هذا هو التطبيق العصرى للحديث الذى جاء فى سنن ابن ماجه والقائل « حريم البئر بشأنها » .

ولذا لا أرى داعيا لأن اشتهت فكر الباحث بذكر المسافات المتعددة التي قال بها الفقهاء — على اختلاف بينهم في هذا الخصوص .

ولكن كيف نحدد حق الدولة أصلا بالنسبة لبئر ماء أو عين بذاتها ؟

إن القول عندى إن الأحكام التي قال بها الفقهاء عن البئر التي تحفر في الأرض أو العين التي تستخرج في الأرض الموات يطبق في القانون الدولى على البئر التي تحفر أو العين التي تستخرج في إقليم لا سيد له . ومن ثم فإن للدولة التي تحتفر بئرا أو تستخرج عينا في إقليم لا سيد له أن تمتد بسيادتها على جزء من رقعة ذلك الإقليم بما يتفق والحجم الذى تحتاجه من مكنم الماء الذى يمد البئر أو العين لأن الأرض في القول الذى اعتمده في النظرية الإسلامية تتبع في حكمها — كما اسلفت — حكم المياه الجوفية التي تسفلها . ومن ثم فإن المياه الجوفية هنا تعد صورة من صور رضع اليد التي تكسب الدولة الحافرة أو المستخرجة ملكية الإقليم استنادا إلى الحفر أو الاستخراج ويسرى ذلك على حالة حفر بئر نضبت بتجديدها وعمارتها .

يبد أن احكام الانتفاع بمياه البئر أو العين تتوقف على مقصود الدولة من حفر البئر أو استنباط ماء العين .

فإن كانت قد حفرت البئر لانتفاع جميع الدول بها فإن حكمها يكون حكم البئر التي حفرت للسابلة ، وإن كانت قد حفرتها لتختص هي بها فإن حكمها يكون حكم البئر التي حفرت لارتفاع الحافر بها . وقد اسلفت تلك الاحكام في بداية هذا المبحث فلا داعى لتكرارها هنا .

أما العين التي تكون في إقليم لا سيد له فهي بين أن تكون مما أنبع الله تعالى ماءها ولم تستنبطها الدولة وهذه حكمها — كما قلت — حكم مأجراه الله تعالى من الأنهار ، وبين أن تستنبطها الدولة ، وعندئذ تكون ملكا للدولة التي استنبطتها وتملك معها حريمها ، وللدولة سوق مائها حيث تشاء وكل ماجرى فيه مأوها ملك وحريم لها . (صاحب البئر عند الشافعى والقاضى لا يملك حريم البئر) .

ومادام الأمر كذلك فإنه لا يجوز لدولة أخرى في نطاق ما للبئر أو العين من حريم أن تحفر بئرا أو عينا أخرى فإن فعلت كان للدولة الأولى أن تطعم البئر أو العين ، أى تغلقها . أما إذا جرى الحفر أو الاستنباط خارج ذلك الحريم فإن رأى الذى اعتمده هو جواز ذلك ولو ترتب عليه التأثير على مياه البئر أو العين الأولى . ولمالك رأى مخالف فهو يرى تقرير الأفضلية للبئر الأولى ويقول إذا نضب الماء إلى البئر التالية أو تغير بها منع منها وطمست . وكأنى بالنظرية الإسلامية تأخذ في خصوص الآبار والعيون التى تكون في إقليم لا سيد له — على ما أرجح — بمذهب التوزيع المقسط للمياه .

أما إذا كان الحفر أو الاستخراج داخل إقليم الدولة وكان الممكن الجوفى ممتدا إلى خارج حدود الدولة في إقليم الدولة المجاورة ، فإن السؤال هو هل يمتد حق الدولة كذلك في الحريم إلى خارج إقليمها بامتداد ذلك الممكن ؟ إن بعض مآقاله الفقه التقليدى يمكن أن يفهم على أن حق الدولة يتبع الممكن ولو في إقليم الدولة المجاورة وتكون المياه شركة بين الدولتين ، فقد نقل يعقوب بن بختان عن أحمد أنه سئل عن رجل له أرض وآخر ماء فقال صاحب الأرض لصاحب الماء سق ماءك إلى أرضى والزرع بيننا قال : لا بأس به فقد أجاز الشركة في الماء لأن الشركة هنا معارضة بالماء لما يحصل له من زرع . ولكن المشكلة تثور حقا عندما تحفر الدولة المجاورة بئرا في إقليمها فيترتب على ذلك إضرار بالبئر الأولى ، وفي هذا رأيان :

• رأى يقول لا تسد هذه من أجل تلك ، فهذه في ملك صاحبها ، وهذا هو رأى الذى أخذت به مجلة الأحكام العدلية وهو رأى يتفق مع نظرية السيادة المطلقة حيث يكون لكل دولة الحق في أن تتصرف في الشطر من المياه الجوفية التى في إقليمها دون اعتبار لمصالح الدولة المجاورة . وكان أبو سفيان يقول يحدث الرجل في حده ما شاء وإن اضر ذلك بجاره لأنه لا حريم للآبار في الأمصار وإنما ذلك في البوادي والمفارز .

• ورأى يرى أنه لا يجوز للدولة المجاورة أن تحفر بئرا إلى جانب البئر الأولى . وقد صرح به في رواية الميموني فقال عن الشعبي إنه حدث في قاض قضى بين

رجلين لكل واحد منهما بستان إلى جانب صاحبه فاحتفر أحدهما في بستانه بئرا فساق ماء بئر بستان جاره فقضى أن تسد بئر هذا فإن رجع مأؤه فذاك وإن لم يرجع كلف أن يخرج ما ألقى في بئر جاره فقال الشعبي أصاب القضاء وأعجب أحمد قضاؤه وهو اختيار أبي بكر . وذلك رأى يتفق مع نظرية التكامل الإقليمي غير المحدد التي تمنع على الدولة الغير أن تعوق سيولة مياه المكن داخل الدولة الأولى . وهذا يتفق مع الحديث الشريف « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو له » . (الجامع الصغير بشرح المقرئ - ج ٢ ، ص ٣٢١) .

يبد أننا إذا انعمنا النظر في الآراء الفقهية نجد أن اختصاص الدولة بمياه البئر أو العين في إقليمها يعطيها حقا خالصة في أن تستفيد بمياه البئر أو العين في اشتداد حاجاتها وإشباع مصالحها وذلك على سبيل الأفضلية . والتقدم على غيرها فإن فاض عن حاجتها فائض فإنها لا تستطيع أن تمنعه على الدول المجاورة . ومن ثم فإن حفرت الدولة المجاورة بئرا أو استنبطت ماء عين فإن لها أن تستخدمها في حدود ما يفيض على حاجة الدولة الأولى . وإذن فمجرد نقص الماء في البئر أو العين الأولى لا يعتبر سببا في ذاته لأن نظم البئر أو العين الثانية وإنما تحقق الضرر فعلا هو الذي يرتب الحق في إغلاق البئر أو العين الثانية أو إجبار الدولة على ألا تستغل البئر أو العين فيما يخص مصالح الدولة الأولى . وتلك نتيجة تتفق مع المبدأ العام وهو تبعية الأرض للمياه ، ذلك أن الدولة الأولى بحفرها للبئر أو استخراجها لماء العين قد امتدت بحقوقها على المكن ولو كان مشتركا مع دولة أخرى وتقرر لها بذلك حق أفضلية على مياه ذلك المكن المختزنة في أرض الدولة المجاورة وفي تقويم حدود هذه الأفضلية يقاس حق الدولة الثانية في استغلال المكن . وفي قول آخر فإن المكن يرد عليه حق أفضلية للدولة الأولى وحق ارتفاق بالفائض للدولة الثانية .

يبد أن الدول يجب ألا تتعسف في استعمال حقها وتتقى الله ربها فقد قال سبحانه في حق من دخل جنته وهو ظالم لنفسه « أو يصبح مأوها غورا فلن تستطيع له طلبا » (الكهف / ٤١) .

الفصل الثانى فى أحكام البحر

مبحث تمهيدى فى أفكار عامة

البحر فى لغة العصر :

البحر — فى لسان العرب — هو الماء الكثير أجاجا كان أم فراتا . ولذا نجد المعنيين فى الأدب العربى ، فهناك من أسمى المياه العذبة بحرا وهناك من قصر البحر على الماء المالح . وقد نلاحظ أن القرآن الكريم أقر المعنيين معا كما فى قوله عز وجل « مرج البحرين هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج » (الفرقان / ٢٥٣) . ولعل الوحي الكريم قصد بهذا الازدواج فى المعنى تبيان إعجاز القدرة الإلهية حيث تلتقى مساحات من الماء فى بحر ولكن شطرا منها عذب والآخر ملح فهو من شقين يتمايزان من حيث الخصائص والصفات .

وقد استقر — فى مدرج القانون — مصطلح البحر على البحر المالح فكانت الملوحة سمة من سمات البحر بمقصوده القانونى . بيد أن الملوحة لا تكفى لوصف المسطح المائى بأنه بحر قانونا إذ يشترط الفقهاء أن يكون سطح الماء كبيرا . ومن ثم فإن كثرة المياه سمة أخرى من سمات البحر — فى لغة القانون . وإلى هذه الكثرة تشير الآية الكريمة « قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربي لنفد البحر قبل أن تنفذ كلمات ربي » (الكهف / ١٠٩) والإشارة هى فى أن كثرة المياه كانت هى المعيار الذى اعتمدت عليه الآية فى بيان كيف أن كلمات الله لا تنفذ .

وهناك من الفقهاء من يشترط إلى جانب الوصفين السابقين — الملوحة والكثرة — وصفا ثالثا هو أن تكون مسطحات المياه وحدة جغرافية متكامل في اتصال طبيعي .

وعندى أن اصطلاح « البحر » يجمع عمود الماء وما يسفله من تربة ، وفي فهمي أن هذا ايضا هو المعنى القرآنى للمصطلح . ذلك أن الله تعالى يقول « مرج البحرين يلتقيان بينهما برزخ لا يبغيان فبأى آلاء ربكما تكذبان ، يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان » (الرحمن / ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢) . ذلك أن الآية تشير إلى أن اللؤلؤ والمرجان يخرجان من البحر . فدللت بذلك على أن مصطلح « البحر » ينصرف إلى القاع كما ينصرف إلى اليم لأن اللؤلؤ والمرجان يوجد في قاع البحر وليس في عمود الماء .

والحق أن أحكام البحر كانت واحدة بالنسبة للسطح والقاع وقتما كان القاع لا يمثل أهمية جدية للجماعة الدولية بسبب تواضع المعرفة الإنسانية التي لم تكن تسمح إلا بقدرات محدودة للاستفادة بقاع البحر — وفي أماكن قليلة — عن طريق صيد اللؤلؤ والمرجان والإسفنج والعنبر . فلما ارتقت التقانة وفتح التقدم العلمى مناحى في قاع البحر كانت دون قدرة الإنسان كان لابد من أن تواجه الأوضاع الجديدة بما يتفق معها من أحكام ، ومن هنا بدأت قواعد القانون الدولى تفرق في الحكم بين سطح البحر وقاعه ولكنها ظلت جميعا — مع هذا التمايز — تدور في فلك عام واحد هو فلك القانون البحرى . ذلك أن القانون الدولى البحرى ، هو الذى ينظم الأحكام بالنسبة للسطح والقاع . بيد أنه قد يوحد تلك الأحكام بالنسبة لشطرى البحر هذين أحيانا وقد يغاير بينهما أحيانا . ذلك أن البحر الذى تعتبر وحدته الجغرافية شرطا لإضفاء المسمى عليه إنما ينشطر إلى أقسام لكل قسم منها أحكام . وفي هذه التقسيمات قد يكون للسطح حكم وللقاع حكم آخر . ولا أريد هنا أن أخوض في الخلاف الفقهي حول الأقسام التى يمكن أن ينقسم إليها البحر بعد أن حسمت اتفاقية مونتيجو هذا الخلاف بتقسيمات أقرتها . وينقسم سطح

البحر — في أحكام تلك الاتفاقية — إلى مياه داخلية ومياه ساحلية ومنطقة متاخمة ومنطقة اقتصادية وبحر عال . أما قاع البحر فينقسم إلى قاع للمياه الداخلية ، وآخر للمياه الساحلية ، وثالث للمنطقة الاقتصادية ، ورابع هو الإفريز القارى الذى قد يتطابق مع قاع المنطقة الاقتصادية وقد يتجاوزه فيمتد تحت مياه البحر العالى ، وخامس هو منطقة التراث المشترك . وهكذا نجد أن البحر الداخلى والساحلى والمنطقة الاقتصادية تتوحد فيها الأحكام بالنسبة للسطح والقاع أما المنطقة المتاخمة والبحر العالى فإن أحكام السطح فيهما تختلف عن أحكام القاع . وعندما أتكلم عن القاع أقصد تربة البحر والتحربة .

ويؤسفنى أن أشير هنا إلى أن الفقه العربى — على خلاف الفقه الغربى — لم يستقر على كثير من التعبيرات بالنسبة لأقسام البحر المختلفة . ويقف اللسان العربى المبين الذى نظلمه حائرا أمام هذا الخلاف ، فنجد مثلا أن الفقه الغربى يستعمل اصطلاحا واحد هو Continental shelf فى الانجليزية ومصطلح plateau continental فى الفرنسية مقابل أكثر من خمسة تعبيرات فى الفقه العربى لهذا المصطلح ، فمنهم من يقول الرصيف القارى ومنهم من يقول الهضبة الساحلية وفريق ثالث يستخدم تعبير « الجرف القارى » ورابع يتمسك بمصطلح « الامتداد القارى » . ولو أن المختلفين أنصفوا لانتهوا إلى تعبير واحد ذلك أن الذين قالوا بالرصيف القارى إنما يتأثرون بالتعريف الجيولوجى الذى عفى عليه الزمن فى الدراسات القانونية ويعد تماما عن مفهوم المنطقة المقصودة فى أحكام القانون الدولى المعاصر ، والقائلون بتعبير « الهضبة الساحلية » إنما أرادوا ترجمة المصطلح الفرنسى ولكنها جاءت ترجمة بعيدة عن الدقة . أما الجرف القارى ، وهو التعبير الذى يلقى قبولا لدى جمهور الفقهاء واختارته اتفاقية مونتيجو فتعبر للتكرار للغة العربية لأن القائلين به لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث عن المعنى اللغوى للتعبير ، ذلك أن الجرف لغة هو السهل الذى يجرى الماء من تحته ومن ثم فإن الماء يجرفه — فهو جرف — ولذا فهو بطبيعته يوشك أن ينهار ، وإلى هذه الحقيقة تشير الآية الكريمة « أم من أسس بنيانه على شفا

جرف هار فانهار به « (التوبة / ١٠٩) . فيكف يطلق التعبير إذن على منطقة يعلو فيها الماء اليابسة ولا يسفلها . وهكذا قلب أصحاب هذا التعبير الحقيقة العلمية رأساً على عقب ورضوا بما وجدوا عليه أباءهم من خطأ محزن . بقى الامتداد القارى وهذا ما عرفت عنه لأن الامتداد القارى يختلف عن المنطقة المقصودة ولذلك يعبر الفقه الغربى عن الامتداد القارى بمصطلح epicontinental ، أما مانحن بصددده فله مسمى آخر كما أسلفت . لكل هذا انتهيت إلى اقتراح تعبير عربى يتفق معناه اللغوى مع مقصوده القانونى ويتجنب المثالب التى تعيب المصطلحات الأخرى ، ذلك هو مصطلح « الإفريز القارى » .

كذلك فإنى أرى — فى تقسيم سطح البحر — أن نحسن استخدام المصطلحات ولذا فإنى اقتراح استخدام التعبيرات التالية :

- ١ — المياه الوطنية ، وتشمل المياه الداخلية والبحر الساحلى لأن كليهما يخضع للسيادة الوطنية للدولة . وهذا يخالف ما يذهب إليه الجمهور من إطلاق « المياه الوطنية » على المياه الداخلية فحسب .
- ٢ — البحر الساحلى بدلا من البحر الشاطيء أو البحر الإقليمى . ذلك أن الساحل هو حد البحر أو النهر أما الشاطيء فقد يكون للوادى وقد يكون للبحر ، وفى ذلك يقول القرآن الكريم « فليلقه اليم بالساحل » (طه / ٣٩) أى ساحل البحر . ولكنه لم يقل ساحل البحر لأن الساحل لا يكون إلا للبحر .

ويقول « فلما أتاها نودى من شاطيء الوادى الأيمن فى البقعة المباركة » (القصص / ٣) وكأن التنزيل الكريم قد فضل الشاطيء بالنسبة للوادى ثم إنه أورد لفظة « الوادى » بعد لفظة « الشاطيء » لتحديد المقصود من الشاطيء .

أما البحر الإقليمى فتعبير قد تكون له مبرراته فى أوائل ظهور القانون الدولى إذ هو بذلك يدل على منطقة من البحر تخدم الإقليم . أما

اليوم وقد تجاوزت منطقة البحر التي تخدم الإقليم هذا الحزام فامتدت إلى المنطقة المتاخمة ثم المنطقة الاقتصادية فلا يبق إلا التعبير الأكثر دقة وسلامة وهو الذي اخترته أي « البحر الساحلي » .

٣ — كذلك أفضل استخدام مصطلح « البحر العالى » لأن تعبير « البحر المفتوح » ليس دقيقا ، ذلك أن البحر الساحلي أيضا يمكن أن يعد بحرا مفتوحا من حيث أنه مفتوح للمرور البرىء ، كما أن تعبير البحر العام لا يعنى مدلولاً قانونياً محدداً . والحق أن الفقه الغربى يكاد يجمع على استخدام تعبير high sea وهو التعبير الذى أرجح مقابله باللغة العربية .

إن قصور النظرية الإسلامية التقليدية عن أن تناقش أحكام البحر بأقسامه المتعددة التى أشرت إليها آنفا له مبرره ، ذلك أن تلك التقسيمات لم تعرف فى العلاقات الدولية إلا فى العصور الأخيرة . ولعل بداياتها الأولى كانت مع الخلاف الذى دار بين جروسىوس وسلدن حول حرية البحر وإغلاقه . وذلك جدل سبق فيه الفقه الإسلامى عندما ناقش قبل عصر الفقيهين الغربيين بقرون ، طبيعة البحر الملح ككل وهل يعتبر إقليما بلا سيد أم إقليما إسلاميا أم جزءا من دار الحرب . ولم يكن جروسىوس بعيدا عن النظرية الإسلامية التقليدية عندما دافع عن حرية البحر المفتوح ، ذلك أن الفقهاء المسلمين انتهوا إلى تطبيق حكم الحديث الشريف عن شركة الناس فى البحر فاعتبروا أنه شركة بين الناس ، وهذه الشركة تقتضى أن يفتح البحر للجميع . بيد أن هؤلاء الفقهاء لم يحسنوا اختيار القواعد التى تطبق على البحر عندما قالوا بتطبيق أحكام الأنهار على البحار . وقد يكون لهم عذرهم فى هذا لأنهم لابد قد صدروا فى رأيهم عن نظرهم وقتئذ فى تقسيم العالم إلى دار اسلام ودار حرب فتصوروا أن النهر يجرى كله فى إحدى الدارين . أما اليوم وقد انقسمت الكرة الأرضية إلى قرابة مائتى وحدة سياسية فإن النظرة لابد أن تتغير والحكم يجب أن يتبدل لأن طبيعة النهر تخالف طبيعة البحر فالنهر الدولى يجرى فى إقليم أكثر من دولة وهو عنصر سيال ينتقل من إقليم إلى آخر على نحو متواصل ، أما البحر فيحيط بعدة دول أو أن تلك الدول تحيط به وهو حزام لتلك الدول يضاف إلى اليابسة . وتبعاً فإن

تغاير الوضعين لا يتسق مع توحيد القواعد وتماثل الأحكام لأن القياس عندئذ يفقد أساسه ويفتقر إلى حكمته . صحيح أن البحر والنهر مياه فهما يشتركان في الشيوع المادى وأن هذه الشركة قد تخلف بعض الأحكام المتماثلة ، ولكنها لا تعنى أن تكون كل الاحكام واحدة .

وأيا كان الأمر فإن القضية الآن هي بحث ما إذا كانت النظرية الإسلامية يمكن أن تتسع لتقسيم البحر إلى مناطق لكل منها حكمها ونظامها ؟ إننا إذا انطلقنا من قاعدة أن الناس شركاء في مياه البحر فإن معنى ذلك في القانون الدولى أن اشخاص الجماعة الدولية شركاء في مياه البحر وعندئذ لا تملك دولة أن تدعى حقا استثنائيا على أية منطقة من مناطق البحر من حيث أن مياه البحر تجرى عليها الإباحة ، والإباحة تثبت حق الانتفاع بالمياه لسائر الناس ويستوى في ذلك المسلمون وغيرهم . وينزل الانتفاع بمياه البحر منزلة الانتفاع بالشمس والهواء ولذا لا يجوز من حيث المبدأ لدولة أن تحجرها كما لايجوز لدولة أو مجموعة من الدول أن تقطعها . والنظرية الإسلامية في هذا أكثر حسما من النظرية المعاصرة لأنها ترفض الإقرار بشرعية التصرفات الفردية التي قد تنطوى عليها ادعاءات بعض الدول وتقبل ماتزعمه الأقلية من حقوق استثنائية تناقض تلك الإباحة ، ولى في ذلك قول بلى ، ولكن هل يجوز للجماعة الدولية أن تتفق على نظام تقاسم فيه بعض مناطق البحر وتهايا في استخدام البعض الآخر ؟ إن الجواب على ذلك يقتضى في مفهومى أن نبحث أولا فيما إذا كان البحر مالا دوليا متقوما ، فإن صح أنه مال دولى متقوم جاز لصاحب الحق — وهو الجماعة الدولية — أن تتفق على كيفية الانتفاع بمياهه .

البحر : هل هو مال متقوم في الشريعة الإسلامية ؟

تباينت صيغ الفقهاء المسلمين في تعريف المال ، ولكن خلافتهم كان خلافا في المبنى وليس خلافا في المعنى ، فهم جميعا يتفقون على أن المالية تتحقق بتوافر عنصرين :

أ — أن يكون للشيء قيمة بين الناس ، أو الدول في القانون الدولي (التمول) .

ب — أن تكون تلك القيمة ناتجة عن أن الشيء يمكن الانتفاع به انتفاعا مشروعاً (إباحة الانتفاع شرعاً) .

والبحر من وجهة نظر القانون الدولي ينطبق عليه الشرطان فهو ذو قيمة للدول وقيمته ناجمة عن إنتفاع مباح في الملاحة ، « وله الجوار المنشئات في البحر كالأعلام » (الشورى / ٣٢) ، وفي استخراج المعادن « يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان » (الرحمن / ٢٢) وغير ذلك كثير ، « والبحر المسجور » (الطور / ٦) .

البحر في النظرية الإسلامية : تعريف وتحديد :

البحر المحيط عند الفقهاء المسلمين هو البحر المستدير بالقدر المكشوف من الأرض وفيه ضربان :

١ — بحر أوقيانوس (وتقابل اللفظة الإفرنجية ocean) وهو المساحة من المياه المالحة التي يتصل بعضها البعض الآخر اتصالاً حراً ، ولذا يصفه القلقشندي بأنه ماجد في الامتداد من سواحل بلاد المغرب الأقصى إلى جهة الجنوب ثم يمتد جنوباً على أرض خراب غير مسكونة أو مسكونة حيث تجاوز خط الاستواء إلى الجنوب . وقال الشريف الإدريسي . وماؤه هناك ثخين غليظ الملوحة لا يعيش فيه حيوان ولا يسلك فيه مركب . ثم يعطف إلى جهة الشرق من وراء جبال القمر ويمتد شرقاً على أرض خراب وراء بلاد الزنج ثم يمتد شرقاً وشمالاً حتى يتصل ببحر الصين والهند ثم يأخذ شرقاً حتى الأرض المكشوفة ثم يغطيه شبرق الصين إلى جهة الشمال ، ثم يعطف ويستدير على أرض غير معلومة الأحوال ويمتد على غرب الأندلس جنوباً حتى يجاوره وينتهي إلى زقاق » .

وبدهى القلقشندي وصف حدود البحر كما كانت معلومة في عصره وهي

تدل على أنه فُصد بالبحر — في عمومها — ما قصد إليه الآن بلفظة « البحر » دون تقييدها بوصف . والذي يهمنى هنا هو أن استنبط المفاهيم التالية من ذلك الوصف : (١) تتصل مسطحات مياه البحر « الأوقيانوس » اتصالاً طبيعياً ، وهذا ما يستفاد في رأى — من الآية الكريمة « والبحر يمده من بعده سبعة أبحر » (لقمان / ٢٧) ، ذلك أن هذا الامتداد لا يكون إلا بالاتصال ، وأنه يمثل مساحات شاسعة من الماء وهذا الاتساع الكبير للبحر تدل عليه الآية الكريمة « قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربي » فاختيار البحر للدلالة على عدم نفاد كلمة الله يدل بمفهوم الإشارة إلى أن الاستشهاد جاء بالبحر نظراً لما يحتويه من كميات شاسعة من المياه .

٢ — الضرب الثانى هو البحار فى اقطار الأرض ونواحي الممالك ، وهى بدورها على ضربين :

أ — الخارج من البحر المحيط وما يتصل به وهذا التصور أقرب ما يكون اليوم لما نسميه بالبحار شبه المغلقة ولذا يحصرها فى ثلاثة — حسب معرفته عندئذ — بحر الروم وبحر الصين والبحر المتوسط .

ب — ما ليس له اتصال بالبحر المحيط ، مثل بحر الخرز وهى البحار المغلقة كاملة . ويسمى بحر جرجان لوقوع مدينة جرجان عليه ، وبحر طينيه وشآين وبحر طبرستان لوقوع ناحية طبرستان على ساحله ايضا . وهذه بحار ملحة منفردة ضمن البحار لا اتصال لها بغيرها البتة .

ومن ثم فإن التعريف التالى للبحر فى النظرية الإسلامية لا يختلف عنه فى النظرية الحديثة سوى أن من القراء من يجرى المقارنة بين النظامين — الإسلامى والإفرنجى — دون أن يقيم وزناً لذاتية النظرية الإسلامية وتشردها . ومن ثم نأخذ حق الجماعة الدولية هى الترجمة القانونية للحديث الشريف « الناس شركاء فى ثلاث : الماء والكلاء والنار » بالنسبة لمياه البحر . إن هذه الشركة تخرج البحر المالح كلياً أو جزئياً عن الإباحة الشرعية لدولة ما بذاتها . إلا أن اختصاص الجماعة الدولية بالبحر المالح اختصاص حاز له سلطة على الاستبعاد .

وإذن فالبحر الملح مال دولي متقوم تملكه الجماعة الدولية شركة بين أشخاصها . ويمكن أن نستعير من أحكام الملكية الجماعية في الشرعية الإسلامية قواعد تنظم الملكية الشائعة للجماعة الدولية . وأهم مااستعيره هنا قاعدتان :

أ — تخرج مياه البحر الملح التي تعود إلى الجماعة الدولية عن ملكية الدول فرادى لأنها لا يمكن أن تؤدي مقاصدها في ملكية الدولة منفردة .

ب — إذا أقطعت الجماعة الدولية دولة ما جزءاً من البحر المشترك فإن هذا يكون إقطاع منفعة لا إقطاع تملك . (قارن على الخفيف — الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ، الجزء الثاني ، ص ١٢٨ وما بعدها) .

وعندئذ تنقيد الدولة التي يجرى لها الإقطاع في الانتفاع بما اقتطع لها بالقيود التالية :

أ — احسان الانتفاع والتصرف في المال فلا تضيعة ولا تلفه ولا تنتفع به فيما لا خير فيه .

ب — ضرورة استثمار المال وعدم تعطيل الانتفاع .

ج — الالتزام بقواعد الشريعة النازمة للاستثمار والاستغلال .

إن تطبيق ماسبق يعنى أن البحر الملح جميعه يخرج عن سيادة الدول فرادى ويخضع ب كله أصلاً لقاعدة الإباحة ولكن هذا القول يحتاج إلى تحديد ، ذلك أن الحزام البحرى الذى يحيط باليابسة لا يمكن أن يعامل معاملة باقى المساحات البحرية ولا أن يخضع للأحكام ذاتها لأن هذا الحزام يخدم اليابسة ويقوم بدور اساس فى رعاية مصالح الدولة الساحلية وحماية أمنها ، ومن ثم فإن إخضاع هذا الحزام البحرى لقاعدة الإباحة يؤدى إلى اضرار بالغ بمصالح الدول فرادى ولا يحقق ضالحاً مقابل للجماعة الدولية . إن هذه الضرورة الاقتصادية والأمنية تبرر اجتزاء هذا الحزام البحرى — بوصفه حريماً لليابسة — من تطبيق حكم الشيوع الدولى وصرف الجزء منه الممتد من ساحل كل دولة إلى تلك الدولة الساحلية . وبدهى كذلك أن المياه الداخلية للدول التى تكون جزءاً من

إقليمها لا تخضع لقاعدة الشيوخ الدولي ، ولذلك فإن المياه الوطنية — الساحلية (الحريم) والداخلية — هي وحدها التي تخضع للسيادة الإقليمية أما ماعداها فإن للدولة عليها ولاية فحسب — أى نوعا من حق المنفعة تختلف حدوده .

أقسام البحر فى النظرية الإسلامية :

وعلى هدى مما سبق انتهى إلى القول بأن الحزام الساحلى من البحر الملح يخضع لسيادة الدولة الساحلية أما باقى مسطحات البحر الملح فهو شركة بين الدول وتحكمه أساسا قاعدة الإباحة .

يبد أن الدول تستطيع أن تتفق فيما بينها على ممارسة تلك الشركة وتطبيق قواعد تحقق تلك الإباحة . وكما أسلفت فإن هذه الممارسة وتلك القواعد يجب أن تنصب على المنفعة فحسب ولا يجوز أن تصل إلى حد السيادة الكاملة . ومن هنا أقول إن القواعد التى توصلت إليها الجماعة الدولية فى تقسيم البحر الملح — سطحا وقاعا — إلى ما أسلفت من أقسام يمكن أن تعتبر بمثابة اتفاق بين الدول تحكمه — فى العموم — فكرة الإباحة بمعنى أن تفسر السلطات أو الولاية التى تمارسها كل دولة على حدة تفسيرا مضيقا . وإذا لم يوجد حكم فإننا نعود إلى قاعدة الإباحة لتنظيم العلاقة . ونظرا لأن هذا الاتفاق لا يحلل حراما ولا يحرم حلالا فإنه اتفاق مقبول بنظرها الخاصة . ولعل أهم ما بين النظرتين من فروق يتمثل فى أمرين :

(١) عرفت النظرية الإسلامية التقليدية البحر بمختلف مسطحاته بينما عرفته النظرية المعاصرة بالإشارة إلى تقسيماته .

(٢) لم تفرق النظرية الإسلامية فى الأحكام بين مختلف أقسام البحر الملح ، اللهم الا فيما يتعلق بما إذا كانت تدخل ضمن دار الإسلام أو لا تدخل ، وهو تقسيم أقرب مايكون إلى تقسيم البحر إلى بحر وطنى وبحر حر .

ومن ثم فلا مانع من حيث الأساس من أن تقر النظرية الإسلامية تقسيما

للبحر الملح يقابل التقسيم الذى تسير عليه النظرية الغربية متمثلة حاليا — فى عمومها — فيما تنطوى عليه اتفاقية مونتيجو . إن قولى هذا لا يعنى أن التماثل مطلق فى القانون البحرى بين النظرية الإسلامية والنظرية الغربية وإنما هو تماثل فى عموميات الأحكام وبعض التفاصيل ، وتوضح الدراسة التى اتناولها فيما يلى من سطور مدى ذلك التطابق .

وأقول بدأية ذى بدىء إننى يمكن أن أقسم البحر الملح — إلى جانب المياه الداخلية — إلى الأقسام التالية :

- ١ — البحر الحريم (البحر الساحلى) .
- ٢ — البحر أو المنطقة الحجاز (المنطقة المتاخمة)
- ٣ — البحر الوقف (المنطقة الاقتصادية) .
- ٤ — البحر الأوقيانوس أو المحيط (البحر العالى) .

أما قاع البحر فيقسم — مقابلا للتقسيمات الدولية الجارية — وعدا قاع المياه الداخلية إلى :

- ١ — قاع البحر الحريم ، وهو يأخذ حكم البحر الحريم وتطبق عليه أحكامه ، عدا المرور البرىء فهو خاص بالملاحة فى المياه .
- ٢ — قاع المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى ، أو التحجير .
- ٣ — التراث المشترك ، أو إقطاع الاستغلال .

ولما كان البحر الحريم يخضع سطحا وقاعا لأحكام عامة واحدة فإنى أناقش أحكام البحر الحريم مكتملة فى مبحث واحد ثم اتناول بعد ذلك أقسام اليم (المياه) قسما بعد آخر وأثنى عليها بأقسام القاع قسما قسما .

المبحث الأول فى البحر الحريم (الساحلى)

تعريف وتحديد :

تمتد سيادة الدولة الساحلية — فى الرأى الذى اعتمده ودون حاجة للدخول فى تفاصيل تتجاوز أغراض هذه الدراسة — تمتد خارج اقليمها البرى ومياهها الداخلية — ومياهها الأرخيلية إذا كانت الدولة أرخبيلية — إلى حزام بحرى متاخم يعرف فى النظرية المعاصرة باسم « البحر الساحلى »، وتقوم فلسفة مدرك البحر الساحلى على أن الدول التى تطل على البحر قد تتعرض بسبب ذلك إلى مخاطر تضاربها مصالحها ، هذا إلى جانب ما قد يحتويه البحر المجاور من ثروات هى أحق بها من غيرها . لذا رؤى أن تمنح الدولة الساحلية امتدادا فى البحر الذى تشاطئه يخضع ليهمتها ليكون صمام أمن يحميها مما قد يهدد مصالحها وتستطيع فيه أن تتخذ من الخيطة ما يجعل هذا الحزام حجازا ضد اقتراب الخطر من سواحلها وتقارنه تبعا إلى اقليمها البرى .

وتلك ايضا هى فلسفة البحر الحريم فى النظرية الإسلامية . ذلك أن الحريم هو ما تمس الحاجة اليه لتمام الانتفاع بالمعمورة وان حصل أصل الانتفاع بدونه (معنى المحتاج — ٢ / ٣٦٣) . أى أن البحر الحريم كالبحر الساحلى — كلاهما يعين على حسن الانتفاع باليابسة المعمورة وتدعو الحاجة اليه لتحقيق ذلك الانتفاع .

امتداد البحر الحريم :

لعل أول نظرية حاولت أن تضع قاعدة تحدد امتداد البحر الساحلى — فى الفكر المعاصر — كانت نظرية مدى البصر، ومؤداها أن البحر الساحلى يمتد

إلى أقصى مدى الابصار في يوم مشرق ثم اتجه الفقه إلى مزيد من التحديد لامتداد البحر الساحلى فاقترح بنكر شك أن يكون مدى امتداد البحر الساحلى هو مدى قدرة الدولة على حماية ذلك البحر بقوة السلاح — أى مدى المدفع — ثم ترجمت تلك القاعدة إلى ثلاثة أميال بوصف أن هذا كان هو أقصى مدى لقذيفة المدفع وقتئذ . بيد أن مؤتمر لاهاى الذى عقد سنة ١٩٣٠ تحت إشراف عصبة الأمم ترددت فيه أصوات تطالب بأن يزداد البحر الساحلى إلى ستة أميال ولكن هذه الأصوات لم يكتب لها الغلبة . فلما كان مؤتمر جنيف سنة ١٩٥٨ عادت أصوات توسعة امتداد البحر الساحلى تدق الأسماع بيد أن المؤتمر أرفض دون اتفاق على هذه النقطة ، وكذلك كان الفشل نصيب المؤتمر الذى عقد من أجل — الأشكال سنة ١٩٦٥ . وظلت الحال محل خلاف إلى أن عقد مؤتمر الأمم المتحدة الثالث للبحار الذى استقر على تحديد مدى البحر الساحلى باثنى عشر ميلا بحريا .

والطريف أن مدى امتداد الحرم محل خلاف كذلك فى النظرية الإسلامية ، فهناك حريم للعين والبر ويختلف الفقهاء حياله ما بين أربعين إلى ستين ذراعا أو امتداد تحدده المصلحة وهناك حريم القرية الحياة وهو ناديا (كالمكة الحرم مثلا) وحريم الدار مطرح رمادها وكنات — حريم الثمرة قدرها تمتد إليه أعضاؤها حوالها ومركز الخيل هو مكان سوقها ومناخ الأبل هو الموضع الذى تناخ فيه وحرمة البلد مختطبا ومرعى دوابها ، وهكذا . ولا أريد أن ادخل فى تفصيل الخلاف حول امتداد الحرم ولكنى أخلص منه إلى الأفكار التالية :

١ — مدى امتداد الحرم محل خلاف فقهي ، ومن الفقهاء كثرة لا يحددون له امتدادا بقياس معين بل يقيم التحديد على أساس ما يحتاج إليه وما فيه مصلحة عرفا . ومن ثم فإن تحديد الحرم قد يكون بامتداد بذاته وقد يكون متروكا لما يحدده العرف حسبما تقتضيه المصلحة .

٢ — لا تقتصر فكر الحرم على العيون والآبار بل هى أيضا للعقار كالدار

وللأقليم كالحرية والبلد ، ومن ثم فكما أن للبشر والبشرى — وهى مورد ماء — حرىما فإن اليابسة كذلك يمكن أن يكون لها حرىم .

ويستفاد من ذلك أن الحرىم ليس مقصودا فى ذاته وإنما هو لحاجة العين اليه ، ولذا فإن تحديده يرتبط بما تندفع به حاجة العين اليه . وعلى هدى مما اسلفت أقول ان النظرية الإسلامية لا تقضى امتدادا بذاته للبحر الحرىم وإنما ترك تحديد ذلك لما تندفع به الحاجة وتحقق المصلحة . ولكن صاحب العين (الدولة) لا يملك وحده ان يقدر ذلك الامتداد أو ان ينفرده بتحديد معدى ماتندفع به الحاجة وتحقق المصلحة وإنما يتم ذلك عن طريق :
(١) ماتحدده الجماعة الدولية عرفا .

(٢) ماتتفق عليه الدول كتابة .

ولما كانت الجماعة الدولية قد انتهت فى معاهدة مونتيديو إلى تحديد مدى امتداد البحر الساحلى باثنى عشر ميلا فإنى لا أرى غضاضة فى أن نقول إن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل هذا الامتداد بوصف انه امتداد حاز قبول الدول وكان موضع اتفاقها . فان زاد الامتداد عن ذلك وكان سنده اتفاقا أو عرفادوليا فلا بأس من أن تقره النظرية الإسلامية وإلا كان تعديا وجب رفعه . ولا يطعن على قولى هذا اننا نحدد الحرىم هنا بالأميال فى حين أن النظرية الإسلامية تحدد الحرىم للبشر والعين بالذراع لان القياس مع الفارق فنحن نتكلم هنا عن دول وعن أقاليم شاسعة .

رب معترض يقول ان الحرىم هو تأمين للأرض الموات واليابسة ليست مواتا . ولكن هذا الاعتراض يفتقر إلى الدقة لان الحرىم ليس تأمينا للأرض الموات بل هو اعانة على احياء الأرض الموات ولذا فانه لا يزول باحيائها بل يبقى لحسن الانتفاع بها بعد تعميرها وادن فالموات ليس ماهو فى حاجة إلى احياء فحسب بل هو مايمكن أن يصبح مواتا ان هو حرىم من خدمات الحرىم . ويزكى هذا الفهم المعنى المقصود فى قوله تعالى « لنهى به بلدة ميتا » (الفرقان / ٤٩ -) ، ومن ثم فان الحرىم لا يكون فقط للاحياء بل هو كذلك

للابقاء — صحيح أن هذا القول قد لا يتفق مع التعريف الذى قال به الفقهاء للأرض الموات . ولكن منطلق الفقهاء فى تعريف الأرض الموات كان من واقع خاص وليس من منظور دولى وهو يعادل فى القانون الدولى الإقليم الذى لا سيد له أى الانحصار فى المفهوم التقليدى — فإذا نحن صعدنا به إلى المستوى الدولى — فإنه يقصر الحريم على الأقاليم التى لا سيد لها ، ولكنى أرى أن هذه النظرة الضيقة قد توقعنا فى حرج نحن فى غنى عنه مادام أننا نبحث عن مجال المعاملات وليس العادات وقد قدمت أن البحر الحريم ضرورة لا غنى عنها حتى تستطيع الدولة أن تمارس حقها فى البقاء والأمان تعرضت للبقاء (أى للموات) . تم أننا عندما ننقل مدركا من إطاره المحلى كى ندرجه ضمن دائرة العلاقات الدولية فلا بد منطقاً أن نطور فى المدرك بما يجعله ملائماً للحياة الدولية ومستجيباً لما بين الجماعة الدولية والمجتمع الداخلى من فوارق هيكلية مادام أننا لا نخرج بذلك عن مجال الأحكام الشرعية والأصول المرعية — إن ما يهتم فى تطبيق فكرة الحريم هو توخى الغاية التى ننشدها من وراء تزكية الفقه لها وعندئذ فلا خير علينا إن نحن اعتمدنا ما داخل النظام الدولى على نحو يختلف بعض تفاصيله عن النظام المحلى (قارن عبد الله عبد الرحمن الرشيد فى الأموال المباحة وأحكام تملكها فى الشريعة الإسلامية ١٩٨٤ ج ١ ، ص ١٠٠) .

أما وقد انتهيت إلى ما أسلفت ولما كان ديدنى فى هذه الدراسة هو مناقشة الأفكار العامة والمبادئ الأصولية دون الأيغال فى التفاصيل حتى لا يتوه القارئ فى غياهب الآراء المختلفة والنظريات المتباينة حول تفصيلات "جرتية" فإنى اكتفى هنا بالإشارة إلى أن الأحكام المتعلقة بكيفية قياس امتداد البحر الحريم وما يقال فى هذا الصدد من نظريات وكذا تعريف المقصود بالخليج والمضيق واحتياطات الأمن والسلامة فى الملاحة كلها إنما هى من شئون تنظم هذه الحياة الدنيا التى تتركها النظرية الإسلامية للدول لتقرر فيها ما تراه محققاً لصالحها فرادى وللصالح العام . وتبعا فإن الباحث فى النظرية الإسلامية يستطيع أن يستهدى ما تسير عليه النظرية المعاصرة وما يقول به الفقهاء الغربيون

في هذا الخصوص ولا يحكمه في ذلك سوى القاعدة الاصولية العامة وهي توخي صالح المسلمين ، وبذلك تكون الفتوى . وتبعاً فإني أحيل الباحث الإسلامي — ان هو أراد تفصيل نظرية اسلامية في هذا الخصوص ان يستكمل ما أقدمه في هذا السفر بانتقاء افضل الآراء والاتجاهات المعاصرة واقرارها ضمن أحكام النظرية الإسلامية . وتغنيى تلك الاشارة الموجزة عن الدخول في تفاصيل محلها المقالات المتخصصة أو الموسوعة الجامعة .

طبيعة حق الدول على البحر الحريم :

ينقسم الفقه المعاصر في تحديد هذه الطبيعة قسمين :

(١) فريق يرى أن البحر الساحلي ملحق بإقليم الدولة فهو لا يعدو أن يكون جزءاً من اقليم الدولة تغطيه المياه ويذهب هذا الفريق مذهبين : مذهب يقول بأن حق الدولة على البحر الساحلي هو حق ملكية وتعود اصول هذا المذهب إلى الفقه الروماني . ومن ثم فإن الدولة تملك أن تتحكم في بحرها الساحلي كما تشاء ، تفتحه أو تغلقه حسبما يحلو لها وتمنعه على السفن الاجنبية إذا لاح لها ذلك . ولكن وصف حق الدولة على البحر الساحلي بانه حق ملكية يستلزم الحيابة الفعلية في حين أن حيابة الدولة للبحر الساحلي حيابة قانونية . ومذهب يقول ان حق الدولة على البحر الساحلي حق سيادة وهذا هو الاكثر اتساقاً مع التكييف القانوني السليم ولذا فإنه يلقي تأييد جمهور الفقهاء .

(٢) فريق ينادى بأن البحر الساحلي ملحق بالبحر العالي . وهذا ايضا ينقسم بدوره إلى مدرستين : مدرسة ترى أن كل ماللدولة في البحر الساحلي هي مجموعة من حقوق ارتفاق دعت اليها الضرورة ، ومدرسة تقول بأن البحر الساحلي مجمل حقوق حفظ تسمح للدولة بأن تتخذ فيه اجراءات لازمة للدفاع عن شعب الدولة وثرواتها المادية . وفي قول آخر فان البحر الساحلي هو في حقيقته مجرد ضمان للمصالح المختلفة للدولة التي تشاطئه .

وإذا عرضت هذا الجدل على النظرية الإسلامية نجد أنها تقر لصاحب العين بحق على الحرير بمائل حقه على العين ذاتها . ولما كنت قد قدمت ان حق الدولة على اقليمها هو دوليا حق حاكمة وليس حق ملكية . ولما كان البحر الحرير حريرا لليابسة فان حق الدولة عليه هو حقها داته الذى لها على اليابسة . وفى قول آخر فان للدولة على البحر الحرير حاكمة تماثل مالها من حاكمة فى اليابسة . وهكذا تكون النظرية الإسلامية قد سبقت فى تكييف طبيعة حق الدولة على البحر الحرير — مائى الى جمهور الفقهاء المعاصرين وماقنته المعاهدات البحرية الكبرى كمعاهدتى جنيف ومونتيجو .

سلطات المرور فى البحر الحرير :

أ — حق المرور البرى :

المرور البرى، فى تعريف م ١٨ من معاهدة مونتيجو « ١ — يعنى الملاحة خلال البحر الاقليمى لغرض :

- أ — اجتياز هذا البحر دون دخول المياه الداخلىة أو التوقف فى مرسى أو فى مرفق مينائى يقع خارج المياه الداخلىة ،
- ب — أو التوجه إلى المياه الداخلىة أو منها أو التوقف فى أحد هذه المراسى أو المرافق المتباعدة أو مغادرته .

٢ — يكون المرور متواصلا وسريعا ومع هذا فان المرور يشتمل على التوقف والرسو ولكن فقط بقدر مايكون هذا التوقف والرسو من مقتضيات الملاحة العادية ، أو حين تستلزمها قوة قاهرة أو حالة شدة ، أو حين يكونان لغرض تقديم المساعدة إلى اشخاص أو سفن أو طائرات فى حالة خطرة أو فى شدة .

وطبقا للمادة / ١٧ من الاتفاقية سالفة الذكر — ومااستقر عليه العرف الدولى فان المرور البرى، يعتبر حقا تتمتع به سفن جميع الدول ساحلية كانت أم غير ساحلية ، وتذهب اتفاقية مونتيجو — ويذكرها فى ذلك القضاء الدولى — إلى انه حق للسفن الحرية زمن السلم .

وقد اختلف في معنى البراءة أهو معيار موضوعي يعتمد على سلوك السفينة أم معيار شخصي يأخذ عناصر شخصية بعين الاعتبار مثل جنسية السفينة . والراجح ان معاهدتي جنيف ومونتيجو — تؤيدها محكمة العدل في قضية مضيق كورفو — تميل إلى المعيار الموضوعي . ولذا رأى القضاء الدولي أن من حق الدولة الساحلية أن توقف سفينة تجارية عند مرورها بمياهها الساحلية وذلك لسبق ارتكابها جريمة اثناء عبور سالف في المياه ذاتها، وقد تكلفت المادة ١٩ / من اتفاقية مونتيجو — ببيان المرور البريء والحالات التي لا يكون فيها بريئا لأنه يضر الدولة الساحلية أو بحسن نظامها أو بأمنها ولما كان المرور البريء حقاً للسفن الأجنبية فإنه لا يجوز للدولة الساحلية أن تقتضى من تلك السفن رسوماً لقاء مرورها بمياهها الساحلية .

وعندى ان حق المرور بمعناه الآنف — وتفصيلاته التي تحتويها كتب الفقه الدولي المعاصر حق يمكن أن تقر به الدول الإسلامية في البحر الحريم لبعضها البعض ، لان الحكمة من تقرير حق المرور البريء وهو تزكية التجارة الدولية وتدعيم الاتصالات العالمية تجعل منه صورة من صور التعاون على البر والتقوى الذي أمر الله تعالى المسلمين به « وتعاونوا على البر والتقوى » (المائدة / ٢) . أما مرور السفن الأجنبية — غير الإسلامية — بالبحر الحريم للدولة الإسلامية فلا يعتبر — فيما أقبله من منطق النظرية الإسلامية — حقاً لتلك السفن اذ كيف نقول إن هناك واجبا مفروضا على الدولة الإسلامية في أن تفتح اقليمها لمرور سفن أجنبية في اقليمها . وفي قول آخر فان دار الإسلام لا يمكن أن تحمل جيزا وبحكم الشريعة الإسلامية — بحق ارتفاق بالمرور في بحرها الحريم لصالح دول المخالفين . ان السفن الأجنبية عندما تدخل مياه البحر الحريم انما تدخل بما عليها من سلع أشياء وبمن عليها من بحارة ومسافرين وتبعاً فانها تخضع — فيما أرى لسلطة الامان وتأخذ السفن بمن فيها اثناء العبور حكم المستأمن وتبعاً فإنه لا يجوز للسفن الأجنبية التي تحمل علم دولة مخالفة أن تدخل بحراً حريماً إسلامياً الا بأمان يصدر لها من الدولة الساحلية ، ويجوز ان يكون هذا

الامان خاصا لسفينة بعينها وقد يكون عاما لسفن دولة بذاتها أو لسفن أكثر من دولة ومن ثم فإن الدولة الإسلامية يجوز لها أن تطبق أحكام المرور البريء التي استقرت عليها الاعراف الدولية المعاصرة كما يجوز لها أن تعرف على ذلك وأن تطبق أحكام الامان على السفينة التي تريد أن تعبر مياهاها . والدولة الإسلامية مخيرة في هذا حسبما يكون محققا لصالحها العام . وإذا كان ذلك هو الامر بالنسبة للسفن التجارية فإن المنع أولى بالنسبة للسفن الحربية والسفن الحكومية المستعملة لأغراض غير تجارية .

بيد اننى قدمت بأن المرور البريء هو صورة من صور التعاون على البر والتقوى ولذا فإن الدولة الإسلامية يجب ألا تتعسف في ممارسة حريتها بالنسبة للاذن بالمرور البريء لان هذا يدخل في حكم قوله تعالى « أن تبرؤهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين » (المنتحنة / ٨) .

ب - اختصاص الدولة حيال السفن الاجنبية في البحر الحريم :

يشير الكلام عن سلطات الدولة الساحلية ازاء السفن الاجنبية للمارة في بحرها الساحلى أو الحريم مشكلة تتمثل في اننا نواجه ازدواجاً في الاختصاص بين دولة العلم والدولة الساحلية وطبيعى أن يكون هذا الاشكال بالتصديق من اختصاص احدى الدولتين لصالح الاخرى . وسعياً وراء الاكتفاء بالعموميات دون التفاصيل فاني أوردتها الحكم الذى انتهت اليه اتفاقية مونتيجو في هذه القضية .

تحدد م ٢٨ من الاتفاقية الولاية المدنية ازاء السفن الاجنبية على النحو التالى :

- ١ - لا ينبغي للدولة الساحلية أن توقف سفينة اجنبية مارة خلال بحرها (الاقليمى) أو أن تحول اتجاهها لغرض ممارسة ولايتها المدنية فيما يتعلق بشخص موجود على ظهر السفينة .
- ٢ - لا يجوز للدولة الساحلية أن توقع اجراءات التنفيذ ضد السفينة أو تحتجزها لغرض اى دعوى الا فيما يتعلق بالالتزامات التى تتحسبها

السفينة أو المسئوليات التي تقع عليها اثناء رحلتها خلال مياه الدولة الساحلية أو لغرض تلك الرحلة .

٣ — لا تخل الفقرة بحق الدول الساحلية ، وفقا لقوانينها في أن توقع اجراءات التنفيذ لغرض اى دعوى مدنية ضد اية سفينة اجنبية راسية في بحرها (الاقليمى) أو ان تحتجزها بعد مغادرة المياه الداخلية». وهنا تطبق المحكمة قواعد القانون الدولى الخاص للبحث عن الاختصاص وعن القانون الذى يطبق .

أما الولاية الجنائية على ظهر السفينة الأجنبية فقد صاغتها م ٢٧ من اتفاقية مونتيجو على النحو التالى :

« ١ — لا ينبغي للدولة الساحلية أن تمارس الولاية الجنائية على ظهر سفينة أجنبية مارة خلال بحرها (الاقليمى) من أجل توقيف أى شخص او اجراء اى تحقيق بصدد اية جريمة ارتكبت على ظهر السفن اثناء مرورها الا فى الحالات التالية :-

- أ — إذا امتدت نتائج الجريمة إلى الدولة الساحلية .
- ب — أو إذا كانت الجريمة من نوع يخل بسلم البلد أو يحسن النظام فى البحر (الاقليمى) .
- ج — أو إذا طلب ربان السفينة أو ممثل دبلوماسى او موظف لدولة العلم مساعدة السلطات المحلية .
- د — أو إذا كانت هذه التدابير لازمة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو المواد التى تؤثر على الطفل ... » .

إن من ينعم النظر فى الصياغة السالفة يلحظ أنها تتكلم عن التوقيف (القبض) والتحقيق ولكنها صمتت عن تطبيق القانون الجنائى للدولة الساحلية على ما يحدث فى مياهها إذا ما حضر المتهم أمام قضائها . ويبدو من استقراء الممارسة الدولية انه لا عاصم لهذا الشخص من تطبيق القانون المحلى عليه . هذا هو حكم النظرية المعاصرة ، فماذا تقول النظرية الإسلامية ؟

ان بحث سلطات الدولة في بحرهما الحريم لا يخرج عن أحد فروض أربعة :—

- ١ — أن يكون علم السفينة والبحر الحريم كلاهما للدول الإسلامية .
- ٢ — أن يكون علم السفينة والبحر الحريم كلاهما لدول غير إسلامية .
- ٣ — ان يكون علم السفينة لدولة غير إسلامية والبحر الحريم لدولة إسلامية .

٤ — ان يكون علم السفينة لدولة إسلامية والبحر الحريم لدولة غير إسلامية .

والفرضان الأولان لا يثيران مشكلة في النظرية الإسلامية ذلك أن الازدواج والاختصاص الذي هو مدعاة تقرير أحكام خاصة للسفن الأجنبية منتف في الفرض الأول حيث أن قانون وقضاء العلم هو قانون وقضاء البحر الحريم الا وهو الشريعة الإسلامية ومن ثم فلا ضير على السفينة إذا هي خضعت لقانون اى من الدولتين وبدهى أن خضوعها لاختصاص اى من الدولتين يمنع من الخضوع مرة اخرى لاختصاص الدولة الأخرى .

كذلك فان النظرية الإسلامية — فيما أرى — لاتعارض في أن تطبق الدول المعنية في الفرض الثاني أحكام القانون الدولي المعاصر لانها ليست دار اسلام ومن تطبق عليهم ليسوا بمسلمين .

اما الفرضان الثالث والرابع ففيهما كلام .

فإذا كانت السفن تحمل علم دولة غير إسلامية ودخلت البحر الحريم لدولة إسلامية فانها — كما اسلفت — تدخل مستأمنة ومن ثم فانها تخضع لأحكام عقد الامان . والاصل في النظرية الإسلامية أن الشريعة الإسلامية والقضاء الإسلامى عام التطبيق على من يوجد بالاقليم الإسلامى وعلى ما يحمله من مال . ولكن في ذلك تفصيل يمكن أن اجمله فيما يلي :—

- ١ — هناك مذهب يعقد الاختصاص بالقضاء لقضاء غير مسلم ويرى انه لا يجوز التعرض للمستأمن في معاملاته وعلاقاته الاجتماعية الا اذا تعدى ضررها إلى المسلمين كأن كان احد المسلمين طرفا في القضية ويقضى بينهم في شئونهم بأحكام دينهم .

ويجيز البعض اختصاص القاضى المسلم اذا رضى طرفا الخصومة بذلك ويكتفى البعض برضاء أحد الخصمين والقاضى المسلم مخير ان شاء فصل وان شاء ترك (محمد سلام مذكور — القضاء فى الإسلام ، ١٢٥ ، ١٢٦) .

٢ — وهناك مذهب بأن ولاية القضاء الإسلامى عامة بالنسبة لجميع الرعايا فيفصل بينهم القاضى المسلم وان لم يتنازعو اليه ، وتطبق أحكام الشريعة الإسلامية التى تتيح الأخذ بأحكام أهل الكتاب فى الأمور التى تتعلق بالاحوال الشخصية للمستأمن كالزواج والطلاق أو ما يماثلها كأكل الخنزير أو شربه كشرب الخمر ذلك أن الإسلام أجاز للمستأمن أن يتعامل بما لا تحرمه ديانته كالخمر والخنزير شريطة ألا يجهر بها فى اسواق المسلمين تبعاً للفتنة .

والسؤال الذى يستهمنى هنا ليس هو أى القضائين هو الذى يختص بالنظر فى شئون الذمى ولا هو اية أحكام فى الشريعة الإسلامية هى التى تطبق لان ذلك مرجعه أحكام القانون الدولى الخاص وانما يتصل فى الحقيقة باختصاص الدولة ككل أو فى قول آخر ، هل قصد اصحاب المذهب الذى يقيم قاضيا خاصا بالمستأمنين أن يعفيهم من تطبيق الاحكام التى تطبق على المسلمين أن يعقد بذلك الاختصاص للقاضى غير المسلم فى دار الحرب عن أمور ارتكبتها المستأمن فى دار الإسلام أم انه قصد على العكس أن يحصر الاختصاص بنظر ما يحصل فى دار الإسلام اصلا فى قضاء دولة الإسلام وقانونها بغض النظر عن تفاصيل الاختصاص الداخلى .

بيد أننا إذا سرنا على مذهب أى حنيفة الذى يرى ألا تتدخل الدولة الإسلامية فى شئون المستأمن الا اذا تعدى الامر إلى المسلمين فان اختصاص دولة البحر الحريم لا يقوم الا اذا ارتكبت السفن اثناء عبورها أو كان فى عبورها ما يمس صالح الدولة الإسلامية الساحلية وحسن نظامها أو طلبت السفينة أو الممثل الدبلوماسى أو القنصلى لدولة العلم تدخل سلطات الدولة

الإسلامية الساحلية . والاخذ بمذهب ألى حنيفة بتهى إلى تقرر قريب مما
تجربى عليه الممارسة الدولية المعاصرة وقنته معاهدة مونتيديو .

ذلك ان ممارسة الدولة الإسلامية الساحلية اختصاصا على السفينة الاجنبية
بسبب التزامات، تحملتها او تبعات وقعت على عاتقها اثناء الرحلة او مباشرة
اجراءات الحجز التنفيذى كإجراء من اجراءات دعوى مدنية ضد السفينة عند
ارتكاب جريمة على ظهر السفينة تمتد نتائجها إلى الدولة الإسلامية الساحلية أو
تخل بسلم الدولة المذكورة وحسن نظامها او إذا كان الجانى أو المجنبى عليه
مسلمًا هو مما يمكن ان يدخل تحت مفهوم الاستثناء الذى أقره أبو حنيفة الامر
يعقد الاختصاص للمسلمين وكذلك فان طلب الربان أو الممثل الرسمى تدخل
السلطات الساحلية يندرج فى حكم رضاء أحد الطرفين باختصاص الدولة
الإسلامية الساحلية. ولا جدل فى ان قيام السفينة بنشاط تجارى غير مشروع فى
المخدرات أو المواد التى تؤثر على العقل هو من الامور التى تخضع لاختصاص
الدولة الإسلامية الساحلية لان ماتبينه الشريعة الإسلامية للمستأمن هو الاتجار
فيما تمنعه الشريعة الإسلامية ولكن تبيحه له شريعته .

ومادام أن الجماعة الدولية اتفقت على تحريم الاتجار غير
المشروع بالمخدرات والمواد التى تؤثر على العقل فان هذا النوع من الاتجار
يصبح محرما طبقا للشريعة الإسلامية وشريعة السفينة الاجنبية وتبعا فهو قد
أصبح غير مباح للمستأمن طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

أما أى قاض هو الذى ينظر الدعوى وأى قانون هو الذى يطبق عليها فأمر
يرجع فيه إلى أحكام القانون الدولى الخاص الإسلامى على هدى من الافكار
العامة التى قدمتها فى هذا الخصوص .

أما إذا انتهجت مذهب الشافعى فإن اختصاص الدولة الإسلامية الساحلية
يكون اختصاصا عاما ترد عليه استثناءات على نحو ما سلفت .

وما أقرب الخلاف بين الى حنيفة والشافعى بالخلاف بين النظرية الفرنسية
والنظرية الانجلوسكسونية فى هذا الخصوص ، ذلك أن النظرية الفرنسية تهتم ببيان

حالات عدم اختصاص الدولة الساحلية وما عدا ذلك يكون من اختصاصها وهذا هو في عموم مذهب ابي حنيفة أما النظرية الانجلو سكسونية فتبدأ باعطاء الاختصاص العام للدولة الساحلية ثم تجرى عليه بعض الاستثناءات وهذا في عموم مذهب الشافعي ولذا فإن رأى ابي حنيفة والشافعي ينتهيان - كما انتهى النظريتان الفرنسية والانجلوسكسونية - إلى احكام تكاد تكون واحدة في الواقع العملي .

ولا أحسبني بعيدا عن الصواب إذا قلت أن مواد اتفاقية مونتيجو في خصوص مركز السفينة في البحر الحريم لا تناقض النظرية الإسلامية أما القانون الذي يطبق فإن القاعدة ان الشريعة الإسلامية هي التي تطبق في دار الإسلام الا فيما يتعلق بأحكام معينة تطبق في حق المستأمن وذلك بالنسبة للأحوال الشخصية كالزواج والطلاق ، أو بما يتعلق بمأكلة كالحنزير أو مشربه كالخمر والحق أن هذه الاستثناءات في ذاتها أحكام اسلامية ولكنها خاصة بغير المسلمين في دار الإسلام . فالإسلام يميز للمستأمن التعامل بما لا تحرمه ديانته كالخمر والحنزير ولكن ليس له أن يجاهر بها في اسواق المسلمين منعاً للفتنة ، كذلك إذا شرب الخمر وسكر فإن بعض العلماء يرى أن يحد لمظهر السكر .

وعند ابي حنيفة انه لا يجوز التعرض للمستأمن في معاملته وعلاقاته الاجتماعية التي لا يتعدى ضررها إلى المسلمين ويُقضى بينهم في ذلك بأحكام دينهم .

وأقول ترتباً على ما سلف اننا أمام مذهبين في النظرية الإسلامية :

- ١ - مذهب يخضع ما يحصل من السفينة لأحكام الشريعة الإسلامية فلا يباح للمستأمن ان يفعل أو أن يتصرف الا في حدود ما تسمح به .
- ٢ - مذهب يعفى المستأمن من الخضوع لأحكام الشريعة عن الفعال والتصرفات التي يتعدى ضررها إلى المسلمين .

فاذا نحن سرنا على المذهب الأول فإن كل ما يحصل من السفينة او عليها وهي في البحر الحريم يكون خاضعاً لقانون الدولة الساحلية . وان نحن اتبعنا المذهب

الثانى فان ما يحصل من السفينة أو عليها لا يخضع لقانون الدولة الساحلية الا اذا تعدى ضرره إلى الدولة .

وواضح أن مآسیر علیه الجماعة الدولية المعاصرة اكثر اتفاقا مع المذهب الاول فيما يتعلق بالمسائل المدنية وأقرب إلى المذهب الثانى فيما يتعلق بالمسائل الجنائية .

وقد يكون من الاوفق — فى تقديرى — لو أننا قلنا إن السفينة التى تحمل علم دولة مخالفة لا تخضع لاحكام الشريعة الإسلامية التى تتعلق بالمسلمين طبقا للنظرية الإسلامية الا اذا تعدت آثار التصرف أو الجريمة إلى الدولة الإسلامية الساحلية وشعبها كأن يكون أحد اطراف المعاملة مسلما أو أن يكون هناك دين لأحد رعايا الدولة على السفينة وعندئذ يكون لها مباشرة اجراءات الحجز التنفيذى أو كان المتهم أو المجرم عليه مسلما أو امتدت نتائج الجريمة إلى الدولة الساحلية أو اخلت بسلم الدولة وحسن نظامها أو كانت السفينة تحمل ما يحرمه قانونها وتحرمه الشريعة الإسلامية أو تتجر فيه . ان عدم امثال السفن لاحكام الشريعة الإسلامية فى خصوص ما سلفت يسمح للدولة الإسلامية الساحلية بأن تطلب اليها مغادرة البحر الحريم فورا أو ان تقدمها إلى القضاء المحلى للحكم بما يراه والخيرة فى ذلك للدولة المعنية .

كذلك يجوز اخضاع السفينة المذكورة لاحكام الشريعة الإسلامية إذا طلب ربانها أو ممثل دولة العلم تدخل السلطات المحلية .

فاذا كان ما اقترحه هو الرأى الذى يعمل به فانه لا يمنع فى حالات عدم تطبيق الشريعة الإسلامية من ان تقوم الدولة الإسلامية الساحلية بإعداد تقرير عما ترتكبه السفينة من مخالفات تخرج عن اختصاصها وأن تجمع ما تستطيع من أدلة ثم تقدم ذلك إلى الدولة المعنية لاتخاذ ما تراه بشأنها .

وأجد لزاما على هنا ان اضيف اننى استعرت من أحكام المستأمن ما يمكن أن ينطبق على السفينة التى تعبر البحر الحريم على الرغم من أن احكام المستأمن التى

قال بها الفقه التقليدي كانت تتصور المستأمن الذي يقيم فترة معينة في دار الإسلام ولم يدر بخلدها حالة المستأمن الذي يمرر مروراً عابراً بشأن السفينة التي تمر مروراً بريثاً بالبحر الحريم الإسلامي .

ج — الملاحقة الحثيثة أو المتواضلة :

تتكلم معاهدتا جنيف ومونتيجو عن هذا الحق في معرض الكلام عن البحر العالي من حيث أنه حق يمارس في البحر العالي ولكنني فضلت أن أوردته ضمن الكلام عن البحر الحريم على أنه يبدأ في غالب صورته — من البحر الحريم . عرفنا أن السفن الأجنبية تخضع فيما يتعلق ببعض التصرفات للاختصاص المحلي للدولة الساحلية ولكن لنفرض أن سفينة حاولت أن تتخلص من هذا الاختصاص وسعت إلى الهرب من البحر الحريم . فماذا تملك الدولة الساحلية أن تفعل في هذه الحالة ؟ هذا هو ما يبحثه الفقه المعاصر تحت عنوان حق التتبع والمطاردة أو حق المطاردة الحثيثة وهو حق استقر عن طريق الاعراف الدولية . وقد عاجلت المادة / ١١١ من معاهدة مونتيجو أحكام ذلك الحق فقالت :

« ١ — يجوز القيام بمطاردة سفينة أجنبية مطاردة حثيثة عندما يكون لدى السلطات المختصة للدولة الساحلية أسباب وجيهة للاعتقاد بأن السفينة انتهكت قوانين وأنظمة تلك الدولة ويجب أن تبدأ هذه المطاردة عندما تكون السفينة الأجنبية أو أحد زوارقها داخل المياه الداخلية أو المياه الأرخبيلية أو البحر الإقليمي أو المنطقة المتاخمة للدولة القائمة بالمطاردة ، ولا يجوز مواصلة المطاردة خارج البحر الإقليمي ، أو المنطقة المتاخمة إلا إذا كانت المطاردة لم تنقطع . وليس من الضروري ، حين تلقى السفينة الأجنبية الموجودة داخل البحر (الإقليمي) أو المنطقة المتاخمة أمر التوقف أن تكون السفينة التي أصدرت الأمر موجودة كذلك داخل البحر (الإقليمي) أو المنطقة المتاخمة . وإذا كانت السفينة الأجنبية موجودة داخل منطقة متاخمة ، كما هي معرفة في المادة ٣٣ ، لا يجوز القيام بالمطاردة إلا إذا كان هناك انتهاك للمصالح التي أنشئت المنطقة من أجل حمايتها .

- ٢ — ينطبق حق المطاردة الحثيثة ، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال على مايقع في المنطقة الاقتصادية الخالصة أو على (الجرف القارى) بما في ذلك مناطق السلامة المحيطة بالمنشآت المقامة في (الجرف القارى) .
- ٣ — ينتهى حق المطاردة الحثيثة بمجرد دخول السفينة التى تجرى مطاردتها البحر (الاقليمى) للدولة التى تنتمى اليها أو البحر الاقليمى لدولة اخرى .
- ٤ — لا يجوز أن يمارس حق المطاردة الحثيثة الا سفن حربية او طائرات عسكرية أو غيرها من السفن أو الطائرات التى تحمل علامات واضحة تدل على انها فى خدمة حكومية ومأذون لها بذلك .
- ٥ — فى حالة ايقاف أو احتجاز سفينة خارج البحر (الاقليمى) فى ظروف لا تبرر ممارسة حق المطاردة الحثيثة ، تعرض عن أى نخسارة او ضرر يكون قد لحق بها نتيجة ذلك » .

ويطول الكلام فى تفاصيل حق الملاحقة المتواصلة ولكنى لا أرى داعيا للايغال فيها حيث أن القصد هو التعرف على مدى اقرار النظرية بهذا الحق من حيث هو . ثم إن معظم التفاصيل هى من باب حسن تنظيم شئون الدنيا التى تقاس . مشروعيتها بمقياس المصلحة العامة حسبما تقدره السلطات المختصة .

إن قيام الدولة بملاحقة السفينة فى الظروف التى اسلفت هو استجابة لحق من حقوقها ولذا فانه يدخل فى تقديرى — فى الحقوق العامة غير المعينة اى التى ليست لقوم معينين بل تعود منفعتها لمطلق المسلمين او الجماعة منهم حيث أن الكل محتاج اليها لانها تنغيا لتحقيق المقاصد الضرورية التى تعمل الشريعة الإسلامية على اقرارها لحماية حقوق الناس العامة فى انفسهم واموالهم واعراضهم وعقولهم ودينهم وفيها يقول ابن تيميه وتسمى حدود الله وحقوق الله مثل قطاع الطرق والسراق والزنا ونحوهم ومثل الحكم فى الاموال السلطانية والوقوف والوصايا التى ليست لمعنيين ، فهذه من أهم امور الولايات ولهذا قال على بن ابي طالب رضى الله عنه : لا بد للناس من إمارة برة كانت أو فاجرة فقيل ياأمير المؤمنين هذه البرة قد عرفناها فما بال الفاجرة فقال تقام بها الحدود

الحدود وتؤمن السبل ويجهد بها العدو ويقسم بها الفىء . وهذا القسم يجب على الولاية البحث عنه وإقامته من غير دعوى أحد به ، وكذلك تقام الشهادة فيه من غير دعوى أحد به » (عبد الوهاب عبد العزيز الشيشانى — حقوق الانسان وحرياته الأساسية فى النظام الإسلامى والنظم المعاصرة ، مطابع الجمعية العلمية الملكية ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٣٥٨ ، ٣٥٩) . ذلك أن حق الملاحقة المتواصلة هو فى عقيدتى تطبيق من تطبيقات حق الدولة فى الدفاع عن كيانها ومصالحها ولكنه استقل بذاته .

ومادام أن الملاحقة المتواصلة هو حق من حقوق الله اى للمجتمع — فانه لايجوز انقطاعه ويجب على الولاية مراعاته وادائه من غير دعوى إحدائه (ابن قتيبة — السياسة الشرعية فى اصلاح الراى والرعية ، ص ٣٤) .

ومن ثم فان من حق الدولة الإسلامية الساحلية ان تقوم بملاحقة السفن التى تحاول ان تهرب من الخضوع لاختصاصها مادام أن هناك قرينة قوية قد توافرت على ان السفينة ارتكبت — اثناء وجودها فى البحر الحريم أو البحر الحجاز أو البحر الوقف — مخالفة قانونية .

إن هذه المهمة — اذا أردت تكييفها على هدى من النظرية الإسلامية أجد انها أقرب ما تكون إلى الحسبة والحسبة شرعا هى أمر يتصدى له المحتسب بحكم الولاية فيعمل على الزام المدعى عليه الخروج من الحق الذى عليه بما خول من سلطة السلطة واستطالة الحماية لأن فى تأخيرها للحق منكرها هو منصوب لازالته ولا يلزم — طبقا للرأى الذى اعتمده — أن يكون المحتسب من اهل الاجتهاد مادام انه عارف للمنكرات المتفق عليها ولذا فإن الجهاز الذى له ان يمارس الملاحقة المتواصلة هو الجهاز المخول اختصاص مراقبة أمن البحار كالسفن الحربية أو السفن العامة المكلفة بذلك أو الطائرات التى من هذا القبيل لأن ولاية الفصل فى هذا الامر متاحة لها . فاذا استهدينا فكرة الحسبة فى أوصاف ممارسة حق الملاحقة المتواصلة نجد أن اوصاف الحق فى النظرية الإسلامية لا تختلف كثيرا عن اوصافه فى النظرية المعاصرة ، ألا وهى :

- (١) ان تقوم قرينة قوية. على أن السفينة قد ارتكبت المخالفة القانونية .
- (٢) ان يصدر أمر للسفينة بالوقوف ولكن السفينة لاتذعن للأمر .
- (٣) أن يتم القبض قبل أن تدخل السفينة المياه الوطنية لدولتها أو لدولة أخرى لأن ولاية الحسبة لا تمتد لأبعد مما تمتد اليه حاكمية الدولة التي أضفت الولاية. على المحتسب .

أما شرط ان تكون الملاحقة مستمرة غير منقطعة وان انقطاعها لأى سبب ولو كان قوة قاهرة — يجعلها غير مشروعة. فلا أرى له ركيزة فى النظرية الإسلامية إذ مادام ان هناك ملاحقة وأن هذه الملاحقة افضت إلى القبض. على السفينة فى منطقة تمتد اليها ولاية الدولة فلا ضير. على الدولة. فى ممارستها. لذلك الحق لا سيما. وأن المبرر الذى يستند اليه هذا الشرط. هو أن حق الملاحقة المتواصلة حق استثنائى ولا يجوز التوسع فى الاستثناء لانه يضيق على حرية البحر العالى بلا مبرر. لا يقوم فى النظرية الإسلامية لأن الملاحقة المتواصلة حق وواجب بالنسبة للدولة الإسلامية كما أسلفت . صحيح ان الدولة يجب أن تكون خريصة ومتابعة للملاحقة ولكن التشدد إلى حد تطلب عدم الانقطاع أيا كانت اسباب الانقطاع امر لا أرى انه ينسجم مع منطق النظرية الإسلامية .

كذلك أقول ان النظرية الإسلامية تتسع للقول بأن الدولة تسأل عن هذا التصرف اذا اتضح انها كانت غير محققة فى ممارستها وأن القرائن التى استندت اليها كانت واهية. وأرى ان الدولة يطبق عليها فى هذه الحالة حكم العمد شبه الخطأ حيث يكون المسئول عامدا للفعل ولكنه غير قاصد للاضرار التى اسفر عنها الفعل. وهذا تجب فيه اليه. وفى قول آخر فإن العمد شبه الخطأ يمكن ان يقيم على الدولة المسئولية التى وضعتها المادة ١١١/٨ من اتفاقية مونتيجو بقولها « فى حالة ايقاف او احتجاز سفينة خارج البحر (الاقليمى) فى ظروف لاتبرر ممارسة (حق المطاردة الحثيثة) ، تعوز عن اى خسارة او ضرر يكون قد لحق بها نتيجة ذلك » .

ويمكن ان اضيف ان على الدولة اذ تمارس حق الملاحقة المتواصلة ان تتقيد باتخاذ الضرورى فحسب لتحقيق الغرض الذى قامت من اجله بالملاحقة ، فلا تعتمد مثلا إلى اغراق السفينة أو تدميرها الا اذا اضطرتها الظروف القاهرة إلى ذلك . فان هى تجاوزت هذا النطاق كانت مسئولة عن تصرفاتها من حيث أن حق الملاحقة — كما قلت — هو صورة من صور الدفاع الشرعى ولا يجوز لمن يمارس حق الدفاع الشرعى ان يتجاوز نطاق الحق .

المبحث الثانى

فى

المنطقة الحجاز (المنطقة المتاخمة)

المنطقة المتاخمة فى النظرية المعاصرة :

يسمح القانون الدولى المعاصر للدولة الساحلية بأن تجتزىء من البحر العالى أو المنطقة الاقتصادية — على خلاف فى رأى — حزاما بحريا يتاخم بحرها الساحلى وذلك بقصد الحماية والوقاية . ويطلق فقهاء العرب على هذا الحزام عدة مسميات انتقيت منها مسمى « المنطقة المتاخمة » .

وقد برزت فكرة المنطقة المتاخمة أول ما برزت كحل يوفق بين المتغالين فى الامتداد بالبحر الساحلى إلى مسافات وبين المتحفظين الذين يرون قصر البحر الساحلى على ثلاثة أميال فحسب . ولذا فإن المنطقة المتاخمة هى فى حقيقتها منطقة حجاز بين البحر العالى حيث يطبق مبدأ الحرية وبين البحر الساحلى — حيث يخضع لمدرك السيادة . وتتضح فكرة الحجاز هذه من الأغراض التى تنوحيها الدول من وراء الأخذ بمنطقة متاخمة . فالمصالح التى تحققها الدولة الساحلية من وراء ادعاء منطقة متاخمة هى :

(١) منع انتهاك القوانين المالية والجمركية والصحية والأمنية داخل المياه الساحلية .

(٢) المعاقبة على مخالفة تلك القوانين إذا ارتكبت مخالفة من هذا القبيل فى

المنطقة المتاخمة أو في المياه الساحلية . ويضيف البعض إلى تلك الأغراض حماية المصالح العسكرية كذلك .

المنطقة الحجاز (المتاخمة) في النظرية الإسلامية :

قلت إن المنطقة المتاخمة هي منطقة حجاز تحمي مصالح معينة للدول الساحلية . وفكرة المنطقة الحجاز ليست غريبة على الفقه الإسلامى فهى جمى يخدم أغراضا معينة تقتضيها المصلحة العامة ، بيد أن الحجاز فى النظرية الإسلامية هو منطقة من اليابسة تخدم منطقة يابسة أخرى . والمنطقة المتاخمة التى نتكلم عنها هى منطقة بحرية وليست برية ، وهنا يأتى دور الاجتهاد الذى يعتمد على اعتبارات الاستحسان لتطوير الفكرة التقليدية فى الحجاز وتطويعها لخدمة أغراض الجماعة الدولية المعاصرة وحفظ مصالح الدول الإسلامية فى تلك الجماعة ، إذ لا ضير من أن تحمى اليابسة بحجاز بحرى كما أننا نحميها بحجاز برى مادام أن الأغراض واحدة والغاية متماثلة تحقيقا لمصالح عام لا يتعارض حكمه مع نص شرعى فى القرآن الكريم أو الحديث الشريف .

إن المنطقة الحجاز فى النظرية الإسلامية هى تخصيص مساحة من الأرض الموات — أو التى لا يملكها أحد — لأغراض صحية ومالية وعسكرية وهذا هو التعريف ذاته تقريبا ، الذى تقول به النظرية المعاصرة فى المنطقة المتاخمة . وبذلك فإن النظرية الإسلامية لا تمنع فى أن نحتجز جزءا من البحر العالى أو المنطقة الاقتصادية — لتأمين المصالح المالية والصحية والأمنية والعسكرية لليابسة مقابل الأغراض التى تحققها المنطقة الحجاز البرية وهى رعى خيل الحى وإبل الصدقة وما يشبهها (وهذا صالح مالى وصحى) وترتيب آليات الجيش والحكومة (وهذا صالح أمنى عسكرى) . إن احتجاز حزام بحرى ليكون منطقة حجازا يرتب — فى النظرية الإسلامية — انتقال ذلك الحزام من حالة الإباحة إلى الملكية العامة للدولة الساحلية خدمة لمصالح تلك الدعوى ، والحق — كما نعلم — من خاصيته الانحصار فى صاحبه وبذلك يكون للدولة الساحلية وحدها حق حماية مصالحها المذكورة آنفا داخل المنطقة الحجاز .

ولا أرى غضاضة في أن تعدد الدولة الساحلية استخدامات المنطقة الحجاز بتعدد الأغراض التي تعتمد عليها النظرية المعاصرة ، فهنا نشهد صورة أخرى من صور التكامل بين القانون الدولي الإسلامي والقانون الدولي المعاصر .

وإذا كان في الفقه من يرى أن يتعدد امتداد المنطقة المتاخمة بتعدد أغراضها فيكون لكل غرض امتداد يتفق مع تحقيق الغاية المرجوة منه فإن النظرية الإسلامية ترى ذلك أيضا لأن من الفقهاء المسلمين من قال بتعدد امتداد المنطقة الحجاز حسب الأغراض المرجوة منها . بيد أنه إزاء اتفاق الجماعة الدولية اليوم على امتداد محدد للمنطقة المتاخمة فإنني أرى — ترجيحاً لصالح الدول الإسلامية بعدم الخروج على هذا الإجماع والتعرض بذلك للمناجزة من الدول الأخرى — أن نكتفي بامتداد مماثل للمنطقة الحجاز .

وحرى بالذكر أن مدرك البحر الوقف (المنطقة الاقتصادية) لا يغنى عن مدرك المنطقة الحجاز (المتاخمة) لأن كلا من المدركين يتغيا أغراضاً مختلفة ، فالبحر الوقف يستهدف مصالح اقتصادية بينما تستهدف المنطقة الحجاز مصالح أمنية . ثم إن المنطقة الحجاز تسمح للدول — لاسيما النامية منها — بأن تمارس حماية أكثر فعالية ضد تهريب السلع ودخول العمالة إليها بطرق غير مشروعة لأن إمكاناتها قد لا تيسر لها تحقيق ذلك على نحو كامل في بحرها الساحلي ، كما أنها توفر فرصة أوسع للدولة الساحلية لحماية ذاتها ضد التلوث القادم من البحر .

المبحث الثالث

في

البحر الوقف (المنطقة الاقتصادية)

دهليز إلى البحث :

المنطقة الاقتصادية تقسيم من تقسيمات البحر دخل القانون الدولي حديثاً — وقد بدأت إحصائياته تحت عدة مسميات لعل أشهرها هو التعبير

الافرنجى patrimonial sea وهو تعبير حار الفقه العربى فى تعرييه فقال البعض « بئر الذمة » ظنا منهم — وهو ظن خطأ — أن patrimony تعادل patrimoine فى الفرنسية . وقال آخرون « البحر الارثى » اخذا بأن كلمة pateimony تعنى من بين ماتعنى الارث وهذا وصف لا يتفق مع المفهوم القانونى الصحيح للمنطقة الاقتصادية ولذا فإنى ذهبت فى تعرييه إلى أقرب مفهوم فى لغة العرب له وهو « البحر الوقف » . ولكن اتفاقية مونتيجو — بعد أن تطور مدرك البحر الوقف فأصبح يشمل السطح والقاع معا — اختارت مصطلح « المنطقة الاقتصادية الخالصة » . وقد عرفت اتفاقية مونتيجو بأنها « منطقة واقعة وراء البحر الاقليمى . وملاصقة له يحكمها النظام القانونى المميز المقرر فى هذا الجزء (أى الجزء الخامس من الاتفاقية الخاص بالمنطقة الاقتصادية) (م ٢٨) ولا تمتد المنطقة إلى أكثر من ٢٠٠ ميل بحرى من خطوط الأساس التى يقاس منها عرض (البحر الاقليمى) (م ٥٧) . ومعنى هذا أن المنطقة الاقتصادية قد يختلف امتدادها من دولة إلى أخرى ولكنها لا تتجاوز على أية حال ٢٠٠ ميل بحرى .

وقد حظى مدرك المنطقة الاقتصادية الخالصة بقبول عالمى عريض أهله لأن يصبح فى فترة زمنية قصيرة — من بين الأعراف الدولية .

حقوق الدول فى المنطقة الاقتصادية : النظرة الغربية :

وتكشف النظرة الشاملة إلى مدرك « المنطقة الاقتصادية الخالصة » كما كرسته اتفاقية مونتيجو عن أن حقوق الدولة فى تلك المنطقة هى حقوق سيادة اقتصادية تتمثل فيما يلى :

- ١ — حقوق سيادية لغرض كشف واستغلال الموارد الطبيعية الحية منها وغير الحية ، وكذا فيما يتعلق بأوجه النشاط الأخرى للكشف والاستغلال الاقتصاديين للمنطقة كإنتاج الطاقة من المياه والتيارات والرياح .
- ٢ — ولاية فيما يتعلق بإقامة واستعمال الجزر الاصطناعية والمنشآت والتركيبات ، والبحث العلمى البحرى ، وحماية البيئة البحرية والحفاظ

عليها ، والحقوق والواجبات الأخرى المنصوص عاها في اتفاقية مونتيجو (م ٥٦ من اتفاقية مونتيجو) .

وتفرض الاتفاقية على الدولة في ممارستها لسيادتها الاقتصادية هذه أن تولى المراعاة الواجبة لحقوق الدول الأخرى وواجباتها . بيد أن الاتفاقية فرقت في وصف حقوق الدولة تلك بين ممارستها في سطح المنطقة وبين ممارستها في تربة وتحتربة المنطقة .

فالدولة تمارس ولاية خالصة على الجزر الاصطناعية والمنشآت والتركيبات ، أما فيما يتعلق بالانتفاع بالموارد الحية فتتلخص أحكام الاتفاقية فيما يلي :—

أ — للدول غير الساحلية والدول المتضررة جغرافيا — بـ شروط وقيود معينة — الحق في المشاركة على أساس منصف في استغلال جزء مناسب من فائض الموارد الحية للدول الساحلية الواقعة في نفس المنطقة الإقليمية أو دون الإقليمية . بيد أنه لا يحق للدول غير الساحلية الراية أن تمارس هذا الحق إلا إذا كانت الدولة صاحبة المنطقة الاقتصادية دولة راية . أيضا (م ٦٩ ، ٧٠ من الاتفاقية) .

ب — توقف حقوق المشاركة تلك في حالة الدول الساحلية التي يعتمد اقتصادها اعتمادا كليا على استغلال الموارد الحية لمنطقتها الاقتصادية الخالصة (م ٧١ من الاتفاقية) .

ج — هناك تنظيم خاص بالأسماك البحرية النهرية السراء والنهرية البحرية السراء ، والأنواع الآبدة ، والشدييات البحرية . وفيما يتعلق بالثروة غير الحية فإن الدولة تمارس سيادة اقتصادية خالصة لا تشاركها فيها دول أخرى ، لأن حكم قاع المنطقة الاقتصادية ألحق بالإفريز القارى . والحق أن هذا الإلحاق الذي ينتهى إلى أن الأحكام المميزة للمنطقة الاقتصادية إنما تنصرف في الحقيقة إلى عمود الماء فحسب ، هو الذى حبد لدى أن اتبسك بمصطلح « البحر الوقف » بالنسبة لتلك المنطقة .

وتتمتع جميع الدول في قاع المنطقة الاقتصادية — وكذا في أجوائها — بحريات الملاحة والتحليق ووضع الأسلاك (الكابلات) وخطوط الأنابيب المغمورة وغير ذلك مما يتصل بهذه الحريات من أوجه استخدام البحر المشروعة كتلك المرتبطة بتشغيل السفن والطائرات والأسلاك (الكابلات) وخطوط الأنابيب المغمورة ، وذلك رهن بالأحكام ذات الصلة التي تنص عليها الاتفاقية (م ٥٨ من الاتفاقية) :

ويتضح من العرض الموجز الذى أسلفته أن مدرك المنطقة الاقتصادية الخالصة يقوم على المفاهيم التالية :—

أ — للدولة الساحلية حق أفضلية في الثروات الحية وحق انحصارى في الموارد غير الحية .

ب — للدولة المتضررة حق في المشاركة على أساس منصف في الموارد الحية للمنطقة ، وهى مشاركة تبنى على العدالة . ولذا فإنها تقتصر على الفائض من الثروات الحية ، كما أنها تمنع على الدول الرابية في المنطقة الاقتصادية لدول نامية .

ج — محاولة إيجاد توازن بين السيادة الاقتصادية المقررة للدولة الساحلية وبين الحريات التي كانت تمارسها الدول في تلك المنطقة قبل أن تصبح منطقة اقتصادية خالصة . وقد اختلف الفقهاء في وصف ذلك التوازن تبعا لاختلافهم في تكييف الطبيعة القانونية للمنطقة الاقتصادية الخالصة .

فهناك زمرة ذهبت إلى أن المنطقة جزء من البحر العالى ومن ثم فإن الأصل هو أن تمارس الدول فيها حرياتها التي تمارسها في البحر العالى مالم يوجد منع أو تحديد صريح . وقال آخرون بأن المنطقة امتداد للبحر الساحلى وتبعاً فإن للدولة الساحلية عليها مالها على بحرها الساحلى عدا ماورد من استثناءات في الاتفاقية . واتجه فريق ثالث إلى أن المنطقة الاقتصادية منطقة من نوع خاص ولذا فإن لها نظامها الخاص الذى رسمته الاتفاقية .

حقوق الدول في البحر الوقف : النظرة الإسلامية :

ومدرك البحر الوقف — شأنه شأن التحجير على مأين — هو من المدركات التي تحقق مقصد المال بالنسبة للدولة ومقصد المال هو أحد مقاصد التشريع الإسلامي الخمسة . وقد فصل الماوردي في ذلك تفصيلا يكشف عن نظرة واقعية فقال : « خصب دائم أى الوفرة في نتاج الأرض ، والممتلكات والأموال ، فيها يقل في الناس الحسد وينتفى عنهم تباغض العدم ، وتتسع النفوس وتكثر المؤاساة والتواصل ، وذلك من أقوى الدواعي لصالح الدولة ، وانتظام أحوالها ، لأن الخصب يؤول إلى الغنى ، والغنى يورث الأمانة والشجاعة » (أدب الدين والدنيا للماوردي ، ص ١٢٧) .

أما قاع المنطقة الاقتصادية فهو والإفريز القارى — على الرغم مما بينهما في النظرية الغربية من فوارق ذات أهمية ثانوية — يتداخلان حكما في النظرية الإسلامية ، وتبعا فإن حكمهما واحد وتكييف حقوق الدولة عليهما واحد لا سيما وأن امتداد القاع قد يختلف في النظرية الإسلامية عنه في النظرية الغربية ، وهو ما يرد تفصيله عند الكلام على الإفريز القارى أو التحجير ولكن ما قول النظرية الإسلامية في طبيعة المنطقة أهي جزء من البحر العالى أم جزء من البحر الساحلى (الحريم) أم هي منطقة بذاتها ؟ تحتل الإجابة على هذا السؤال زأين :

١ — فقد يقال إن مبدأ اشتراك الناس في الماء يجعل أن الأصل في كل ماء أنه مشترك والاستثناء غير ذلك ، ومن ثم فإن المنطقة الاقتصادية هي أصلا ماء مشترك — أى بحر عال — وردت عليه الاستثناءات التي أقرتها الجماعة الدولية ، وتبعا فإن حقوق الدولة الساحلية عليها يجب أن تفسر تفسيراً مضيقاً .

٢ — وقد يقال — وهذا مأراه — إن الماء الذى يعنيه الحديث الشريف عندما قرر إشراك الناس فيه هو الماء العذب لأن الحكمة في تلك الشركة ترجع

إلى ظروف الحياة العربية في صحراء جرداء تفتقر إلى الماء وتعتبره إكسير الحياة
لحاجتها إليه في الشرب والسقي ، والماء الذى تتوفر فيه هذه الحكمة هو الماء
العذب وليس الماء الأجاج . ومن ثم فالبحر الوقف ليس جزءا من البحر العالى
(الأوقيانوس) كما أنه ليس جزءا من البحر الحريم لأن للبحر الحريم أحكامه
وأوصافه الخاصة به والتي لا تنصرف إلى البحر الوقف . ومن ثم فإن البحر
الوقف فى النظرية الإسلامية هو — فيما أقول — منطقة بذاتها لها أوصافها
وأحكامها الخاصة بها . بيد أن هذه الأحكام يمكن أن نستعير بعضها من النظرية
المعاصرة فى حدود ما ذكره بشأن الثروات والموارد وحكم القاعدة « لا ضرر
ولا ضرار » .

قلت إن نظام الوقف هو أقرب النظم التى أرى أن اقتبس منها أحكام المنطقة
الاقتصادية وأقرب إليه المفاهيم الدولية المعاصرة فى النظرة الإسلامية . وركيزتى
فى ذلك أن الوقف عقد لازم لا يجوز فسخه بإقالة أو غيرها لأنه عقد يقتضى
التأييد . وهو إذا كان على جمع محصور ينقل الملك فى العين الموقوفة على ذلك
الجمع ولكنه سبب يزيل التصرف فى الرقبة أى انه يخرج العين عن حكم المالية
لأنه لو كان تمليكا للمنفعة المجرة لم يلزم كالإجارة والحرمان من حق التصرف
فى العين لا يعنى عدم ملكيتها كأم الولد فإنه يملكها ولا يملك التصرف فى
رقبتها .

وهذا هو ما ينطبق على المركز القانونى للمنطقة الاقتصادية الخالصة ، وحق
السيادة الاقتصادية الذى تمارسه الدوله عليها . ذلك أن السيادة الاقتصادية
تعاذل فى النظرية الإسلامية ملك المنفعة ، وهو ملك يقع على عين المنفعة دون
الرقبة . (عدنان خالد التركمان — ضوابط الملكية ، المرجع السابق ، ص
١٧) . وفى قول آخر فإن مكنة الدولة فى التصرف إنما ترد على المنفعة دون
الرقبة .

ذلك أن الواقف هى الجماعة الدولية والعين الموقوفة هى المنطقة الاقتصادية
الخالصة والموقوف عليها هى الدولة الساحلية ، واتفاقية فونتييجو بشروطها —
أو ما يعادلها — هى بمثابة شروط الواقف .

. والوقف مصدر وقف بمعنى حبس وأحبس وسبل . والأصل فيه ماورد عن عبد الله بن عمر قال « أصاب عمر أرضا بخير فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها . فقال يا رسول الله إني أصبت مالا بخير لم أصب قط مالا أنفس عندي منه ، فما تأمرني فيها . قال إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها » وتحيس الأصل وتسبيل الثمرة بمعنى إمساك الذات عن أسباب التملكات وإطلاق فوائد العين الموقوفة من غلة وثمره وغيرها للجهة المعنية . وسمى وقفا لأن العين موقوفة وحبسها لأن العين محبوسة .

ويحصل الوقف بكل ما أدى معناه ولو كان بالفاظ غير التي غلبت في صياغة الوقف — ولذا فإن عبارات اتفاقية مونتيجو قد انشأت — فيما أرى — وقفا دوليا ولو أنها لم تورد اللفظ بذاته وإنما أوردت في صياغتها معناه ودليل ذلك عندي أن أحكام المنطقة الاقتصادية الخالصة تتقارب — ولكن من منظور دولي — مع الأحكام الرئيسة في الوقف .

فلو أننا نظرنا في شروط صحة الوقف نجد أنها تقابل شروط قيام المنطقة الاقتصادية ، وإليك البيان :

- ١ — يشترط في الوقف أن يكون في عين معلومة يصح بيعها . وهذا هو حال المنطقة فهي عين معلومة يمكن أن تكون محل تصرفات دولية .
- ٢ — ان يكون الوقف فيما يمكن الانتفاع به وإنما مع بقاء عينه عرفا . والمنطقة كذلك يجري الانتفاع بها دائما وتبقى عينها عرفا .
- ٣ — يتطلب في الوقف أن يكون على ير ، والبر هنا اسم جامع للخير . وبدهي أن نظام المنطقة الاقتصادية الخالصة يستهدف خير الدولة الساحلية وغيرها من الدول لاسيما الدول الحبيسة والمتضررة ، كما أسلفت .

- ٤ — أن يقنع الواقف بالكفاية من الرزق ويجب ألا يمسك مايفضل عن حاجته ، وتلك هي الخلفية التي انبعثت عنها فكرة المنطقة الاقتصادية الخالصة حيث أنها تقف عند الحد الذي يوفر للجماعة الدولية

ككل — فى مياه المنطقة الاقتصادية وترتبطها والتحريرة — كفاية من
الرزق وتبعاً فلا داعى لحبس مايتجاوز ذلك عن الدول الساحلية التى
يعيش شعبها على ثروات المنطقة الاقتصادية لاسيما ثروتها السمكية
٥ — أن يكون الوقف على جهة معينة ، والجهة هنا هى الدولة الساحلية لأن
الوقف يقتضى تحييس الأصل تحييساً لايجوز إزالته . ومن ملكه غير
ثابت تجوز إزالته . بيد أن الوقف على جهة معينة لا يمنع من اشتراط
منفعة لجهة أخرى كأن يقف الأمة مثلاً على زيد ويشترط تزويجها من
عمرو لأن شرط الواقف يعمل به . وهنا شرط الواقف — أى أحكام
معاهدة مونتيجو — أن توقف المنطقة على الدولة الساحلية ولك
تشتري شروطاً لمصلحة الدول عموماً وشروطاً أخرى لمصلحة الدول
الحبيسة والمتضررة خاصة .

٦ — أن يقع ناجزاً غير معلق ولا مؤقت ولا مشروط بخيار ، وهذا هو
الحال بالنسبة للمنطقة فإن الدولة إذ تعلن قيام المنطقة فإن حقها فيه
يصبح ناجزاً غير معلق ومؤبداً لا خيار فيه .

٧ — أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه فى ماله ، وهو المكلف الرشيد
وقد قدمت أن اتفاقية مونتيجو — وهى اتفاقية دولية عالمية — أو شبه
عالمية — هى التى كرس تدرك المنطقة الاقتصادية باسم الجماعة
الدولية .

والجماعة الدولية أياً كان الخلاف حول تكييفها القانونى ممثلة فى الدول
أعضاء الجماعة الدولية هى التى يصح تصرفها فيما هو مال مشترك
لتلك الجماعة ، وهى بمثابة المكلف الرشيد فى مثل تلك التصرفات .

والقول عندى إن الدولة الساحلية لها صفتان : فهى موقوف عليه وهى
أيضاً بمثابة الناظر على الوقف . ولذلك فإن لها فى إدارة الوقف — إلى جانب
حقها كموقوف عليه — مال للناظر من حقوق وعليها ما عليه من واجبات .
ونظراً لأننى عندما أطلقت مسمى « البحر الوقف » على المنطقة الاقتصادية
الخالصة قصدت أن أطلقه على اليم (عمود الماء) فحسب — من حيث أن قاعها

يختلط بالإفريز القارى، ولو أن هناك بعض الفوارق الثانوية في شأن القاع بين قاع المنطقة والإفريز — فإن حقوق وواجبات الدولة الساحلية كمنظر للوقف تنصرف أساسا إلى ماقى عمود الماء من ثروات . وتبعاً فإن ماتتضمنه اتفاقية مونتيجو من أحكام تتعلق بالحفاظ على تلك الثروات فتضفى في سبيل ذلك حقوقاً والتزامات على الدولة الساحلية إنما يقابل ما للناظر من حقوق وماعليه من التزامات في سبيل الحفاظ على عمارة الوقف ، ذلك أن اتفاقية مونتيجو قد عاملت الدولة الساحلية — من حيث هي ناظر — على أنها دولة مؤتمنة مكلفة بالتصرف ، هذا فضلا على أن فقهاء المسلمين يقولون إن الواقف إذا شرط تقديم الجهة (أى تقديم الموقوف عليه) عمل به مالم يؤد ذلك إلى تعطيل . فإذا أدى ذلك إلى تعطيل هدمت العمارة حفظاً لأصل الوقف . وقد جاءت أحكام اتفاقية مونتيجو — على نحو مايتضح عند عرض تلك الأحكام — تطبيقاً أميناً لذلك المبدأ .

كذلك يذهب الفقه الإسلامى إلى أنه إذا علم من ريع الوقف أنه يفضل دائماً وجب صرف الفائض لأن بقاءه فيه فساد . وتلك القاعدة هي منطلق الحقوق التى قررتها اتفاقية مونتيجو للدول الحبيسة والمتضررة . ومانقرأه للفقهاء في شأن غلة الوقف كقولهم إن وقف على ثغر فاختل الثغر صرف الموقوف على ثغر مثله ، حكم يحسن أن تنمطه الدولة الساحلية . كذلك يجوز تغيير صورة الوقف لمصلحة كأن يحيل الدار حانوتا . ومن ثم فإن البحث العلمى الذى يستعان به في حسن ادارة المنطقة الاقتصادية يمكن — إلى جانب أن العلم ضالة المؤمن — أن يستند في ترشيد أحكامه على هذه الفكرة . ومن حيث أن اتفاقية مونتيجو قد أطلقت إضافة الحقوق على الدول الحبيسة والمتضررة دون تحديد فإن ذلك الإطلاق يقتضى — من حيث الأساس — التسوية بينها في الحقوق مالم يقيم مبرر للتمييز .

إن ماقدمت من افكار عامة في التقريب بين فكرتى البحر الوقف والمنطقة الاقتصادية الخالصة يعينى في هذه الدراسة الكلية . وفي الأمر تفصيل يطول لمن يريد الاستزادة .

ومن المشكلات الطريفة في خصوص البحر الوقف مشكلة كيفية اكتساب الدولة له ، وفي قول آخر ، هل تملك الدولة الساحلية بحرا وفقا لتقائيا أم انها تحتاج في ذلك إلى اعلان .

لقد ناقش الفقه المعاصر هذه المشكلة بالنسبة للمنطقة الاقتصادية وانقسم حيالها فريقين :-

أ — فريق يرى أن المنطقة الاقتصادية تتقرر للدولة تلقائيا لأن اتفاقية مونتيجو قالت إن للدولة الساحلية حقوقا في المنطقة الاقتصادية ولم تقل إنه يحوز للدولة الساحلية أن تنشئ منطقة اقتصادية (م ٥٦ / ١) ومن ثم فإن للدولة حقا لصيكا في المنطقة الاقتصادية دون حاجة إلى أن تتخذ من أجل ذلك إجراء ما .

ب — وفريق يرى أن الدولة لابد أن تعلن قصدتها في انشاء منطقة اقتصادية إن هي شئت أن تكون لها منطقة ، واعتبار هذا الفريق هو أن القسم السادس من اتفاقية مونتيجو — في شأن الإفريز القارى — ذكر صراحة أن الدولة تتمتع تلقائيا بإفريز قارى ، فلو أنه أراد أن يطبق ذلك الحكم على المنطقة الاقتصادية لذكر ذلك صراحة . أما وقد خلت الاتفاقية من مواد مماثلة فإنه لابد أن يختلف الحكم بين المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى فتطلب في قيام المنطقة الاقتصادية سبق الإعلان من الدولة المعنية .

وفي عقيدتي أن الرأي الثانى هو الأقرب إلى النظرية الإسلامية لأن الوقف لا يقوم تلقائيا بل لابد من أن تتخذ الإجراءات النظامية لإنشائه ، ومن ثم فإن الدولة التى تريد أن تنعم ببحر وقف عليها أن تعلن عن ذلك وتتخذ الإجراءات النظامية التى تعلم الدول به وبحدوده وقوانينها وتعليماتها بشأن استخدام الغير له .

ولما كانت أهم أحكام المنطقة الاقتصادية في النظرية الغربية إنما تتعلق بكشف واستغلال الثروة الحية فإنى أناقش تلك الأحكام في النظرية الإسلامية .

يبدأنى استملح أن أرجىء ذلك إلى ما بعد استعراض مفهوم الإفريز القارى (التحجير) فى النظرية الإسلامية حتى أجمع الكلام عن الثروات الحية والموارد غير الحية فى عرض متكامل .

المبحث الرابع فى

الإفريز القارى (التحجير)

الإفريز القارى فى المفهوم المعاصر :

انتهت الأبحاث العلمية الخاصة بسير غور البحار إلى أن قاع البحر ينحدر انحدارا تدريجيا من الساحل حتى يصل إلى عمق مائتى متر تقريباً ثم يهوى فجأة بمنحدر عميق يسمى بالمنحدر القارى ، ومن هنا جاءت تسمية هذا الجزء من قاع البحر الذى يقع بين ساحل القارة وبين المنحدر القارى باسم الإفريز القارى (أو الهضبة الساحلية أو الجرف القارى أو الامتداد القارى أو الرصيف القارى أو الرفرف القارى) ولا أرى غضاضة فى أن استعمل مصطلح الإفريز القارى كمسمى للمنطقة فى النظرية الإسلامية . إلا أن هذا لا يعنى أن كل ساحل له إفريز قارى أو أن الإفريز القارى — إن وجد — فهو يمتد امتدادا متماثلا حيث يوجد . فهناك سواحل بلا إفريز — كما هو الحال بالنسبة لبعض الاجزاء فى ساحل شيلي وبيرو — فى حين أنه قد يصل إلى ثمانمائة ميل فى نواح أخرى كالبحر الأصفر مثلا .

وقد صاحب هذا المفهوم الجيولوجى المفهوم القانونى فى أول مولده ثم انفصل المفهومان فأصبح للإفريز القارى تعريف قانونى يختلف عن مفهومه الجيولوجى .

وقد عرفت المادة / ٧٦ من اتفاقية مونتيجو الإفريز القارى (الجرف القارى) بأنه « قاع وباطن أرض المساحات المغمورة التى تمتد إلى ما وراء بحرهما (الإقليمى) فى جميع أنحاء الامتداد الطبيعى لإقليم تلك الدولة حتى

الطرف الخارجى للحافة القارية ، أو إلى مسافة ٢٠٠ ميل بحرى من خطوط الأساس التى يقاس منها البحر (الإقليمى) إذا لم يكن الطرف الخارجى للحافة القارية يمتد إلى تلك المسافة » (م ١/٧٦) ، وتضيف الفقرة السادسة من المادة ٧٦ أنه « لا تبعد الحدود الخارجية (للجرف القارى) فى الارتفاعات المتطاولة المغمورة بأكثر من ٣٥٠ ميلا بحريا عن خطوط الأساس » .

وتمارس الدولة الساحلية فى الإفريز القارى سيادة اقتصادية تولت م ٧٧ من اتفاقية مونتيجو تفصيلها كآلاتى :-

١ - تمارس الدولة الساحلية على (الجرف القارى) حقوقا سيادية لأغراض كشف واستغلال موارده الطبيعية .

٢ - إن الحقوق المشار إليها فى الفقرة ١ خالصة بمعنى أنه إذا لم تقم الدولة الساحلية بكشف الإفريز القارى ، أو استغلال موارده الطبيعية فلا يجوز لأحد ان يقوم بأوجه النشاط هذه بدون موافقة صريحة من الدولة الساحلية .

٣ - لا تتوقف حقوق الدولة الساحلية على الإفريز القارى على احتلال فعلى أو حكمى ولا على أى إعلان صريح .

٤ - تتألف الموارد الطبيعية المشار إليها - فى هذا الجزء الخاص بالإفريز القارى - من الموارد المعدنية وغيرها من الموارد غير الحية لقاع البحار وباطن أرضها بالإضافة إلى الكائنات الحية التى تنتمى إلى الأنواع الآبدة ، أى الكائنات التى تكون فى المرحلة التى يمكن جنيتها فيها ، إما غير متحركة وموجودة على قاع البحر أو تحته ، أو غير قادرة على الحركة إلا وهى على اتصال مادى دائم بقاع البحر أو باطن أرضه .

ومن هذا التعريف يتضح أن الإفريز القارى يحتوى قاع المنطقة الاقتصادية بل وقد يتجاوزها إلى امتداد يبلغ كله ٣٥٠ ميلا بحريا .

وتنظم م ٧٦ من الاتفاقية الأحكام الخاصة بالإفادة من الإفريز القارى وماعلى الدول مراعاته فى ذلك الإفريز : وتتلخص تلك الأحكام فيما يلى :-

١ — للدولة الساحلية سيادة اقتصادية في الإفريز القارى تسمح لها بكشف واستغلال الموارد غير الحية وكذا العضويات الحية التى تعود إلى الأنواع الرسوبية . بيد أن هذا التعريف لاقى صعوبة ، من ذلك مثلا تصنيف القشريات البحرية وهل تدخل فى هذا التعريف أم لا تدخل . وقد أثارت هذه المشكلة خلافا بين فرنسا والبرازيل بلغ من حدته أن أصبح يشار إليه باسم حرب جراد البحر (Lobester) .

٢ — للدول الساحلية — إلى جانب ذلك — ما للدول عامة في الإفريز القارى من حقوق مثل إرساء الاسلاك وتمنح خطوط الأنابيب المغمورة .

٣ — لا تحتاج الدولة ، كما أسلفت ، فى إقرار حقوقها إلى إعلان أو ممارسة . فهي تملك الحقوق تلقائيا وتحملها سواء مارستها أم لم تمارسها .

الإفريز القارى فى المفهوم الإسلامى :

إن مدرك الإفريز القارى على النحو الذى قدمت هو من قبيل السعى فى هذه الحياة ، والله تعالى يقول « وأن ليس للانسان إلا ما سعى وأن سعيه سوف يرى » (النجم / ٤٠) . ومن ثم فإن مدرك الإفريز القارى يتفق مع مدرك المنطقة الاقتصادية فى أن كليهما يستهدفان تحقيق رفاهية الدولة الساحلية المعنية ، وفى قول آخر هما صورتان من صرر تحقيق أحد المقاصد الرئيسية للدولة فى النظرية الإسلامية ، وهو المال .

إذن فكيف نكيف هذا المدرك فى النظرية الإسلامية ؟ . إن القول عندى إن مدرك الإفريز القارى هو تصور — على الصعيد الدولى — لمدرك التحجير فى العلاقات الداخلية .

والتحجير شرعا هو أن يضع الشخص علامة فى الأرض الموات تدل على سبقه إليها (محمد ابرو زهرة — الملكية ونظرية العقد ، ص ١١٣) .

واللفظ له تفسيران فقد يكون من مادة « حجر » مخففة بمعنى منع ، لأن من يضع العلامات إنما يقصد بوضعها إلى منع غيره إحياء الموات الذى حدد

علاماته . وقد يكون من مادة « حجر » مشددة من حيث أن وضع الأحجار يميز القطعة التي حجرت فلا يضر بها أحد لأحيائها .

والتحجير يثبت لمن يقوم به حق تقدم وأولوية على غيره أى أنها أحقية اختصاص لا ملك ولذا فإن التحجير لا يثبت لصاحبه ملكا لقطعة الأرض التي خجرتها .

ويشترط لثبوت هذا الحق شرطان :

١ — ألا تتجاوز مساحة القطعة المحجرة قدر كفاية المحجر .

٢ — أن تتوفر لدى المحجر القدرة على الأحياء .

والشرطان مرجعهما إلى الحرص على عدم التضييق على الغير ممن هو قادر على الأحياء في حق مشترك بين الجميع حتى لا يتعطل ذلك الأحياء بلا مبرر وإلا كان المحجر ظالما ومتعديا .

ومسألة لمنطق الأحياء وعدم إضاعة الفرصة على الغير القادر بخرد وضع العلامات اتفق الفقهاء على أن حق المحجر يسقط بعد ثلاث سنوات إذا وضع علاماته ولكنه لم يقم بالأحياء خلال تلك المدة . ولذا يميز الفقهاء للغير — بعد فوات فترة السنوات الثلاثة تلك — أن ينتزعها من المحجر ولو بالتفهر والعلبة مادام أنه يحبسها . ~~عمر أن الفقهاء اختلفوا في ما إذا تعرض الغير لأحياء الأرض~~ المحجرة خلال السنوات الثلاث :

أ — فقال بعضهم إنه حق ثابت ديانة لا قضاء ، أى أن على الناس أن يحترموا الحق ديانة ولكنهم لا يلزمون به قضاء لأن من يحبس الأرض الموات يملكها ، ذلك أن حقه في الملك صار أقوى من حق المحتجر باليد .

ب — وقال آخرون إن من يحبس بعد التحجير وخلال السنوات الثلاث معتد ولا يصح أن يكون الظلم سببا في إثبات الملكية . وحق المحتجر أولى من حق غيره ، وهذا هو الرأي الذي أرجحه لقوة حجته ، وأسوق منها قول الرسول ﷺ « من سبق إلى مالم يسبق له مسلم فهو أحق

به « (نيل الأوطار ٢/ ٣٤٠) . وقد روى عن عمر أنه قال : من كانت له أرض (ويعنى هنا التحجير) فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها فدل بذلك على أن من يعمرها من الغير قبل ذلك لا يملكها .

أما إذا تجاوزت المدة السنوات الثلاث أعذر بالتعمير أو الترك وجاز إمهاله لفترة قصيرة يقدرها الفقهاء بأشهر قليلة ، أو تحدد حسب العرف في قول الشافعي — إن طلب المحتجر إمهاله .

ويذهب الجمهور إلى أن حق التحجير يورث لأن الحقوق أموال فتورث ويخالف الحنفية فيرون أنه لا يورث لأن الحقوق عندهم ليست بأموال . ورأى الجمهور عندى هو الأول بالاتباع في هذه الجزئية .

أما القواعد التي وضعتها اتفاقية مونتيجو لتحديد الإفريز القارى فهي بمثابة تحجير للمنطقة لأن علامات الحدود الدولية — أيا كانت صورتها — هي الترجمة الدولية لمفهوم التحجير على مستوي الأشخاص ، والإفريز القارى هو من قبيل الأرض الموات لأنها منطقة غير مستغلة ومن ثم فإن حق الدولة الساحلية في كشف واستغلال ما بها من موارد معدنية و ثروات حية هي صوره إحياء تلك المنطقة ، كما أن حق الدولة على المنطقة حق يتعلق بما فيها من منافع اقتصادية وليس متعلقا برفقة المنطقة ، أي أنها أحقية اختصاص لا ملك شأن التحجير .

ولا أرى مانعا في أن تبني النظرية الإسلامية ما جاءت به اتفاقية مونتيجو في شأن طريقة تحديد الإفريز القارى والحقوق التي تمارسها الدولة الساحلية والدول الأخرى في الإفريز القارى .

بيد أن النظرية الإسلامية لا تجارى النظرية الغربية في تعطيل ثروات المنطقة فهي لا تضيف الاختصاص على الدولة تلقائيا وتحصره فيها حتى ولو سكنت الدولة عن الكشف والاستثمار ، أو كانت غير قادرة عليه ومنهما طال زمن السكوت أو العجز . ولذا فإن امتداد منطقة التحجير في النظرية الإسلامية لا بد أن يختلف عن امتداد الإفريز القارى في اتفاقية مونتيجو .

١ — إن النظرية الإسلامية أكثر واقعية وأقرب إلى رعاية مصالح الجماعة الدولية من النظريات الغربية لأن تطبيق النظرية الغربية قد يؤدي إلى تعطيل كشف واستثمار منطقة يحتمل أن تمتد بالنسبة للدولة إلى مسافة ٣٥٠ ميلا بحريا من خط الأساس دون مبرر وبلا حكمة ظاهرة سوى ارضاء عنجهية الدول واشباع كبريائها الخاوى . إن النظرية الإسلامية تتطلب من الدول الساحلية أن تكون دوؤبة على كشف واستغلال إفريزها القارى وإلا جاز للدول الأخرى القدرة والراغبة أن تتقدم هى للكشف والاستغلال . يبد أن فترة السنوات الثلاث التى حددها الفقه فى العلاقات الداخلية فترة قصيرة بالنسبة للعلاقات الدولية ولذا يمكن — عند تطبيق النظرية الإسلامية — أن تتفق الدول على حد زمنى يكون على الدولة الساحلية بدء الكشف والاستغلال بخلاله ، وكذا الاتفاق على الأعذار التى يمكن أن تبرر إسهال الدولة الساحلية لفترة أو فترات إضافية ثم يعد ذلك يسقط حق الأفضلية المقرر للدولة الساحلية .

ولما كنت من الرأى الذى لا يسمح للغير خلال الفترة الممنوحة بأن يتقدم للإحياء فإنى أرى أنه لا يجوز لدولة غير أن تتقدم للإحياء خلال الفترة المحددة ، وإلا كانت معتدية كما أسلفت .

والحق أن المادة الأولى من اتفاقية جنيف سنة ١٩٥٨ بشأن الإفريز القارى هى أقرب فى روحها إلى النظرية الإسلامية لأنها تحدد الإفريز القارى بمناطق قاع البحر وما تحت القاع من الطبقات المتصلة بالساحل والتى توجد خارج دائرة البحر الساحلى إلى عمق مائتى متر من سطح الماء أو إلى مايتعدى هذا الحد حيث يسمح عمق المياه من السطح باستغلال الموارد الطبيعية لتلك المناطق والمادة تضع معيارين :-

أ — معيارا قياسيا يحصر الإفريز القارى فى امتداد محدود هو مفهومه الجيولوجى ، وهذا له منطقته .

ب — معيارا استثماريا ، وهذا يتوقف على كشف واستثمار المنطقة فهو يحدد منطقة الإفريز القارى فى القطعة التى تقوم الدولة الساحلية بكشفها

واستثمارها . وهذا هو المعيار الذى وضعه الفقه الإسلامى لمنطقة التحجير فهو — كما اسلفت — يقصر المنطقة على ما هو لازم للدولة الساحلية وتكون قادرة على كشفه واستغلاله ، ويتطلب حصول ذلك الكشف والاستغلال فعلا .

ومن ثم فإن أحكام اتفاقية جنيف فى الإفريز القارى تكاد تتطابق مع مدرك التحجير فى مفهوم النظرية الإسلامية . ولعل مانسب إلى نص الاتفاقية المذكورة من غموض هو الذى دعى اتفاقية مونتيجو إلى الأخذ بالمعيار الأصم الذى سجلته فى مادتها / ٧٦ . فجاءت أحكامها على ما أوضحت من مرونة فضاضة .

المبحث الخامس

فى

الثروات والموارد البحرية فى المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى

تمهيد :

قلت إن فى البحر ثروات وموارد وعنيت بالثروة ما يدره البحر من خيرات متجددة أى من أحياء بحرية ، لأن الحياة البحرية تتوالد وتتكاثر بحكم أنها حياة ، أما الموارد فهى ما يحتويه البحر من معادن وكنوز ، وقد أطلقت عليها مسمى الموارد لأنها تفتقر — بحكم أنها غير حية — إلى خاصية الإثراء والتكاثر .

وقد خص القانون الدولى المعاصر كلا من الثروات والموارد البحرية بأحكام تختلف بالنسبة لكل عن الأخرى ، وأطلق على الثروات البحرية مسمى « الثروات الحية » وأطلق على الموارد مسمى « الثروات غير الحية » . وأتناول كلا من الفئتين بكلمة على حدة .

الفرع الأول في الثروات البحرية الحية

مفهوم الثروة الحية في النظرية المعاصرة والنظرية الإسلامية :

”لَمْ تَعْنِ اتِّفَاقِيَّةُ خَلِيجِ مَوْنَتِيْجُو بِإِيرَادِ تَعْرِيفِ لِلثَّرْوَةِ الْبَحْرِيَّةِ الْحَيَّةِ ، بَلْ إِنْ نَصِيْرُوتِ الْإِتِّفَاقِيَّةِ الَّتِي تَعَالَجُ أَحْكَامَ تِلْكَ الثَّرْوَةِ تَتَخَبَّطُ فِي مَقْصُودِهَا فَهِيَ تَارَةً تُوْخِي بِأَنَّ الْمَعْنَى بِتِلْكَ الْأَحْكَامِ هِيَ الثَّرْوَةُ السَّمَكِيَّةُ وَتَارَةً تُوْخِي بِأَنَّ الثَّرْوَةَ الْبَحْرِيَّةَ الْحَيَّةَ ذَاتَ مَدْلُولٍ أَوْسَعِ مِنَ الْأَسْمَاكِ .

أما الثروة البحرية الحية في النظرية الإسلامية فلها مدلولان :

- ١ — مدلول موسع ، يتناول كل الحيوان البحري دون استثناء ، وذلك هو مدلول الثروة البحرية الحية التي ينتفع بها في غير الأغراض الغذائية .
- ٢ — مدلول مضيق ، ويقتصر على السمك وطحبان الماء وغيره من الحيوان البحري الذي لا يدخل في الخبائث ، وهذا هو مدلول الثروة البحرية الحية التي ينتفع بها في الأغراض الغذائية .

ومن ثم فإن الفرق بين المدلولين هو أن مايعتبر من الخبائث — مثل الضفدع — يدخل في المدلول الموسع ولكنه يخرج عن المدلول المضيق . وتبعاً فإن النظرية المعاصرة للثروة البحرية الحية تماثل النظرة الإسلامية لأنها تأخذ بالمعنى الموسع والمضيق . وهي تأخذ بالمعنى المضيق في الأغراض الغذائية وبالمعنى الموسع في غير الأغراض الغذائية . إذن يمكن أن نقول إن الثروة البحرية الحية في النظرتين هي كل الحيوان البحري ما لم تكن الأحكام متعلقة بالأغراض الغذائية فإن الخبائث تخرج عن التعريف ويبقى من الحيوان البحري ما ليس خبيثاً .

ولما كانت الثروة البحرية الحية بمعناها المضيق — أي الثروة البحرية

الغذائية — إنما تنصرف إلى ماهو غذاء للإنسان ، وهى بذلك تقصر المعنى على مالىس خبيثا ، فقد انطلق الفقهاء المسلمون فى تعريف الثروة البحرية الغذائية من معيار الحل والحرمه ، فما كان حلالا فهو من مفردات تلك الثروة وماكان خبيثا خرج عن تلك المفردات . ويمكن أن أقسم الفقه التقليدى فى تعريفه للثروة الغذائية البحرية الحية إلى ثلاثة فرقاء :

أ — ابو حنيفة ، ويرى أن السمك — وكذا ثعبان الماء — هو وحده الحلال وتبعاً فإن الثروة البحرية الحية الغذائية عنده هى الأسماك وثعبان الماء . ويستدل أبو حنيفة على رأيه بما يلى :

١ — قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير » (المائدة ٣/) . فقد ورد التحريم فى الآية مطلقا دون تمييز بين ماهو بحرى وماهو غير بحرى .

٢ — قوله عز وجل « ويحرم عليهم الخبائث » (الاعراف / ١٥٧) فهو يعتبر أن الأحياء المائية — فيما عدا السمك وثعبان الماء — من الخبائث .

٣ — نهى رسول الله عن قتل الضفدع ، والنهى عن القتل يقتضى تحريم الأكل ، وتبعاً فهو تحريم للضفدع . ومن ثم فإن الضفدع يعد من الخبائث .

ب — مالك ، ويحل جميع الحيوان البحرى دون استثناء ، وتبعاً فإن الأحياء البحرية تدخل عنده جميعها فى مفهوم الثروة البحرية الحية ، ويستند فى ذلك إلى :—

١ — ظاهر الآية الكريمة « أحل لكم صيد البحر » (المائدة / ٩٦) . فعبارة التحليل عامة تغطى الأحياء المائية كلها وتجعل صيدها حلالا .

٢ — قول الرسول ﷺ عندما سئل عن البحر « هو الطهور مائة الحل ميتته » . فلم يقصر التحليل على السمك وحده .

٣ — حديث أبى سعيد الخدرى قال : كنا فى سفرنا فأصابنا محاجة فالتقى لنا

البحر دابة يقال لما عنثرة فأكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا إلى رسول الله ﷺ فسألناه عن ذلك قال « هل عندكم شيء فتطعمون » (صحيح مسلم / باب إباحة ميتة البحر) .

ج — الشافعي وأحمد ، ويحلان جميع الحيوان البحري — عدا الضفدع — أى باستثناء الضفدع فإن كل الحيوان البحري يندرج تحت مفهوم الثروة البحرية الحية . وقد استثنينا الضفدع استنادا إلى حديث الضفدع الذى نهى الرسول عن قتله ، كما ألفت .

بيد أننى أرى أن تعريف الثروة البحرية الحية فى هذه الدراسة يجب أن يشمل المعنيين — الواسع والضيق — لأن للثروة البحرية الحية استخدامات ومنافع تتجاوز الغذاء . على أن نفرق فى الأحكام بين المفهومين فتطبق على كل مفهوم ما يناسبه من أحكام . وأغلب الظن أن الفقه التقليدى لم يتعرض لمناقشة حكم الثروة البحرية الحية التى تعد بالنسبة للغذاء من الخبائث — لأن تقانة عصره لم تزوده بفوائد لتلك الثروة ، ومعرفته بالبحر كانت قاصرة — فى شأن الثروة الحية — على استخراج لحم طرى منه ليأكله الناس . أما اليوم — فإننا نعلم أن ما قد يعد من خبائث الغذاء له نفع فى أمور علمية أخرى ، ولذا فإنه يعتبر — من هذه الناحية — من قبيل الثروة التى تستهم الدراسات القانونية . أما التحريم الذى جاءت به آيات القرآن الكريم فهو — كما فهمه الفقه التقليدى — تحريم يتعلق بالغذاء لما يعتبر من الخبائث . ودليل على ذلك هو مقاله الخفية فى الرد على مالك .

ذلك أن القول بأن كل الحيوان البحري حلال لا يتفق مع تحريم أكل الضفدع . ثم إن الآية التى استند إليها مالك بشأن تحصيل صيد البحر إنما تقصد إلى فعل الصيد وليس الصيد لأن الاصطياد هو الصيد حقيقة أما الصيد فهو مفعول فعل الصيد .

ثم إن الصيد اسم لما يتوحش ويمتنع ولا يمكن أخذه إلا بحيلة . والتوحش والامتناع صفة تثبت حال الاصطياد وتسقط بالأخذ أو الصيد .

يؤكد ذلك أن تيميل ميتة البحر قد خصص بقوله صلى الله عليه وسلم « أحلت لنا ميتتان ودمان : الميتتان السمك والجراد والدمان الكبد والطحال » فدل بذلك على أن الحلال من ميتة البحر هو السمك .

بيد أن هذا القول لا ينهى القضية فإن هناك تصورات تثير الجدل حول ما إذا كانت تدخل في مدلول الخبائث أم لا .

١ — فهناك مثلاً السمك الذى يموت بغير سبب ويطفو على سطح الماء هل هو حلال أم من الخبائث ؟

يقول الحنفية والشيعة والإمامية بتحريمه استناداً إلى مايلي :—

أ — ماروى عن الرسول من أنه قال : « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه فطفا فلا تأكلوه » .

ب — كان على بن أبى طالب يقول للسماكين : « لا تبيعوا الطافي في اسواقنا » ، وهذا يعنى عدم جواز أكله .

ج — ما روى عن ابن عباس من أنه قال « أكل الطافي حرام » .

ولكنى مع رأى الذى يقول بأن الحديث غير صحيح وأنه حتى لو صح فالنهي فيه يحمل على الكراهية لأن السمك لا يطفو إلا إذا كان تتنافكره الرسول لذلك . وقول على قد يحمل كذلك على الكراهية . ولذا فالقول عندى هو رأى الجمهور أى الإباحة مطلقاً سواء كان الموت بسبب أم بغير سبب ، وسواء رسب في القاع أم طفا على سطح الماء استناداً إلى قوله عز وجل « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة » . ذلك أن لفظة « طعامه » معطوفة على صيد البحر والمراد به ، وجد فيه ميتا . وأصدق ما ينطبق عليه اسم الميتة هو الطافي لأن الميت حقيقة يطفو ، فيكون حلالاً بنص الكتاب (عند الله الرشيد — المرجع السابق ، ١٠٠ ، ص ٢٥٦) . كذلك وردت لفظة الميتة بصيغة العموم في الحديثين الذين أشرت إليهما من قبل فدل ذلك العموم على حل السمك في كافة أحواله .

٢ — الكائنات الحية التي تنتمي إلى الأنواع الآبدة — كما اسمتها اتفاقية مونتيجو—وهى الكائنات التي تكون في المرحلة التي يمكن جنيها فيها إما غير متحركة وموجودة على القاع أو تحتها ، أو غير قادرة على الحركة إلا وهى على اتصال دائم بقاع البحر أو باطن أرضه (م ٧٧/٤ من الاتفاقية) . وأغلب الظن أن تلك الكائنات تعد من قبيل الخبائث الغذائية ولذا فهى تدخل في تعريف الثروة الحية بمعناها الواسع ، ولا يفوتنا هنا أنها — على خلاف السمك — لا تقوم في الماء وإنما توجد في القاع (الإفريز القارى) .

واخلص مما سلف إلى مايلي :-

- أ — تطبيق الأحكام المتعلقة باستثمار الثروة الحية للأغراض الغذائية على ماليس من الخبائث الغذائية .
- ب — تطبيق الأحكام المتعلقة باستثمار الثروة الحية لغير الأغراض الغذائية على ماهر غير حل في الأكل ، بل وقد يطبق على ماهر حل إذا استخدم في غير الأغراض الغذائية .

حق الدولة في الثروة البحرية في النظريتين المعاصرة والإسلامية :

أناقش هنا حق الدولة على الثروة الحية التي توجد في المناطق التي تخرج :-
السيادة الوطنية ، وهى المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى .

تمتع الدولة — في اتفاقية مونتيجو — بولاية — أى بسيادة اقتصادية — على الثروات البحرية الحية التي توجد في المنطقة الاقتصادية إذا ما أعلنت الدولة ولايتها على تلك المنطقة . كما تتمتع بتلك الولاية على مايرجد في الإفريز القارى من ثروة بحرية حية وهى ولاية تلقائية دون حاجة إلى إعلان أو احتلال فعلى أو حكمى (م ٧٧/٣ من الاتفاقية) . والثروة الحية التي توجد في الإفريز القارى هى الكائنات الآبدة ، أما الاسماك وغيرها من الحيوان فيوجد في عمود الماء في المنطقة الاقتصادية . ولذا أناقش موقف النظرية الإسلامية من الثروات الحية في المنطقة الاقتصادية ثم اتنى على ذلك بموقفها من الثروة الحية في الإفريز القارى . ولما كان السمك في النظرية الإسلامية هو عماد الثروة في المنطقة الاقتصادية

فإن حكم النظرية الإسلامية في الثروة الحية الكائنة بالمنطقة الاقتصادية يمكن تبينه عن طريق تحديد الأحكام الخاصة بالثروة السمكية .

والسمك هو من الصيد المباح ويملك بالسبق إليه ، والسبق أى الاستيلاء — قسمان :—

١ — استيلاء حقيقى ، أى بوضع اليد فعلا أو بالقوة . وهذا يملك بدون نية .

٢ — استيلاء حكمى ، أى بالتهيئة ، ويكون باستعمال الآلات وتهيئة المباح لوضع اليد . والحكمى لا تترتب عليه الملكية إلا إذا قصد الإحراز حسب رأى الجمهور . وللتأقنى وأحمد رواية فى الحكمى أنه كالحقيقى . ويعتبر إعلان الدولة ولايتها على المنطقة الاقتصادية — فيما أرى — هو من قبيل التهيئة — أى الاستيلاء الحكمى — وهذا يعد بمثابة حيازة ولكنها حيازة غير كاملة فى رأى الجمهور ، وذلك قياسا على حيازة السمك فى خليج خاص أو نهر صغير . وتبعا فإن التهيئة ترتب حقا بالأفضلية للدولة الساحلية ولكنها لا تضى حق انحصاريا على الدولة الساحلية . فلو أن دولة أخذت صيدا من المنطقة الاقتصادية فإن للدولة الساحلية أن تستعيد هذا الصيد إذا كانت هى الأقرب إليه بما لديها من إمكانات وأدوات . وفى قول آخر إذا كانت لديها القدرة على الحصول على الصيد ، وأبنى قولى هذا على القياس فى المثل الذى ضربه الفقه التقليدى ، وهو أنه إذا نصب الفسطاط فتعلق الصيد به ملكه ولو نصبها له فتعلق بها فأخذه غيره فإن كان الأول بحيث لو مد يده ملكه فيأخذه من الثانى وإلا فلا .

ومن ثم فإن الحكم بالنسبة للثروة السمكية فى المنطقة الاقتصادية يتلخص فيما يلى :—

١ — للدولة الساحلية حق أفضلية على ما يوجد فى تلك المنطقة من ثروة سمكية .

٢ — يتأكد هذا الحق فى نطاق قدرة الدولة الساحلية على الصيد ، وتبعا فإن الدولة الساحلية تعتبر حائزة للكمية من الثروة السمكية التى تتوفر لديها

الإمكانات التقائية والعملية على صيدها . بيد أن الدولة قد تملك من وسائل الصيد ما يوفر لها مكنة صيد ما يفيض عن حاجتها في حين أن هناك دول أخرى تحتاج إلى ذلك الفائض لأن شعبها يعتمد على الثروة السمكية في تأمين غذائه . وهنا نطبق — فيما أرى — قاعدة لا ضرر ولا ضرار . فيكون على الدولة الساحلية أن تقتصر فيما تصطاده — أو فيما تدعى ملكيته — على الكمية التي تسد حاجتها ، أما مازاد عن ذلك فلا تأخذه وتركه لمن هو في حاجة إليه وإلا كانت متعسفة في استعمال حقها في الملكية لا سيما وأنه مبنى على حيازة اعتبارية .

٣ — أما إذا كانت إمكانات الدولة الساحلية تقصر عن احتياز ما هي في حاجة إليه فإن حقها في تملك ما تحتاجه زائدا على ما توفره لها إمكاناتها التقائية والعملية يتوقف على وضع اليد الحقيقي ، أي حيازة السمك فعلا بصيده .

٤ — وإذن فحق الدولة الساحلية يتحدد في المنطقة الاقتصادية كالاتي : —
أ — بالنسبة لما تختاره حكما فإنها تملك أقل الكميتين : ما تختاره حكما وما تحتاجه فعلا .^{٤٠}

ب — بالنسبة لما تختاره فعلا فإنه يكون خالصة لها لا ينازعها فيه أحد .

د — أما حق الدول الغير فيتحدد فيما يفيض عما تملكه الدولة الساحلية استنادا إلى حيازتها الحكومية أو الفعلية ، وهنا تختلف النظرية الإسلامية عن النظرية المعاصرة .

والقول عندي إن هذه القسمة أكثر تحقيقا للعدالة مما جاءت به اتفاقية مونتيجو والمقارنة توضح ما أعنى .

إن هناك نصوص في الاتفاقية تتعلق بالثروة السمكية ويمكن — في تقديري — أن أدرجها ضمن ما تقول به النظرية الإسلامية وتتلخص تلك النصوص — وهي المواد ٦١ — ٦٨ فيما يلي : —

حفظ الموارد الحية :

تقرر الدولة الساحلية كمية الصيد المسموح بها من الموارد الحية في منطقتها الاقتصادية الخالصة . وتكفل عدم تعرض بقاء الموارد الحية في المنطقة الاقتصادية الخالصة لخطر الاستغلال المفرط . وتتعاون الدولة الساحلية مع المنظمات الدولية المختصة لتحقيق هذه الغاية .

ويكون من أهداف هذه التدابير أيضا صون أرصدة الأنواع المجتناة أو تجديدها بمستويات يمكن أن تدر أقصى غلة قابلة للدوام .

ويتم بصورة منتظمة تقديم وتبادل ما هو متوافر من المعلومات العلمية ، والإحصائيات عن كمية الصيد وعن مجهود الصيد ، وغير ذلك من البيانات المتصلة بحفظ الأرصدة السمكية عن طريق المنظمات الدولية المختصة وباشراك كافة الدول المعنية .

الانتفاع بالموارد الحية

تعمل الدولة الساحلية على تشجيع هدف الانتفاع الأمثل بالموارد الحية في المنطقة .

وتقرر قدرتها على جنى الموارد الحية للمنطقة . وعندما لا تكون للدولة الساحلية القدرة على جنى كمية الصيد المسموح بها بأكملها ، تتيح للدول الأخرى ، عن طريق الاتفاقات أو غيرها من الترتيبات فرص الوصول إلى الفائض من كمية الصيد المسموح بها .

وتضع الدولة الساحلية في اعتبارها ، عند اتاحتها للدول الأخرى فرصة الوصول إلى منطقتها الاقتصادية الخالصة ، كافة العوامل المتصلة بالأمر ، ومنها بين أمور أخرى ، أهمية الموارد الحية في القطاع بالنسبة إلى اقتصاد الدولة الساحلية المعنية وإلى مصالحها الوطنية الأخرى ، واحتياجات الدول النامية في المنطقة لجنى جزء من الفائض ، وضرورة الاقلال إلى أدنى حد من الاختلال

الاقتصادى فى الدول التى اعتاد رعاياها الصيد فى المنطقة أو التى بذلت جهدا كبيرا فى اجراء البحوث المتعلقة بتلك الأرصدة وفى التعرف عليها .

ويتقيد رعايا الدول الأخرى الذين يقومون بالصيد فى المنطقة الاقتصادية الخالصة بتدابير الحفظ وبالشروط والأحكام الأخرى المقررة فى قوانين وأنظمة الدولة الساحلية .

وتتولى الدول الساحلية الإشعار الواجب عن قوانين وأنظمة الحفظ والادارة .

الأرصدة التى توجد داخل المناطق الاقتصادية الخالصة لدولتين ساحليتين أو أكثر أو فى كل من المنطقة الاقتصادية الخالصة والقطاع الواقع وراءها والملاصق لها :

عند وجود الرصيد ذاته أو أرصدة من أنواع مترابطة داخل المناطق الاقتصادية الخالصة لدولتين ساحليتين أو أكثر ، تسعى هذه الدول ، إما مباشرة أو عن طريق المنظمات المناسبة ، إلى الاتفاق على التدابير اللازمة لتنسيق وضمان حفظ وتنمية هذه الأرصدة

وعند وجود الرصيد ذاته أو أرصدة من أنواع مترابطة فى كلا المنطقة الاقتصادية الخالصة وقطاع واقع وراءها وملاصق لها ، تسعى الدولة الساحلية والدول التى تقوم بصيد هذه الأرصدة فى القطاع الملاصق ، إما مباشرة أو عن طريق المنظمات المناسبة ، إلى الاتفاق على التدابير اللازمة لحفظ هذه الأرصدة فى القطاع الملاصق .

الأنواع الكثيرة الارتحال

تتعاون الدولة الساحلية ، مباشرة أو عن طريق المنظمات الدولية المناسبة ، مع الدول الأخرى التى يصيد رعاياها فى المنطقة الإقليمية الأنواع الكثيرة الارتحال ، وذلك بقصد تأمين حفظ هذه الأنواع والانتفاع بها على الوجه الأمثل ، سواء داخل المنطقة الاقتصادية الخالصة أو خارجها .

الثدييات البحرية :

ليس في هذه الأحكام ما يحد من حق دولة ساحلية أو من اختصاص منتظم دولي ، حسب الاقتضاء ، في حظر استغلال الثدييات البحرية أو تقييده أو تنظيمه على نحو أكثر صرامة مما هو منصوص عليه في هذه الأحكام . وتتعاون الدول من أجل حفظ الثدييات البحرية ، وعليها ، في حالة الحيتانيات ، أن تعمل بصورة خاصة من خلال المنظمات الدولية المناسبة على حفظها وإدارتها ودراستها .

الأنواع البحرية النهرية السراء

يكون للدول التي تنشأ في أنهارها الأنواع البحرية النهرية السراء المصلحة العامة في هذه الأنواع وتقع عليها المسؤولية الأولى بشأنها .

وتكفل دولة منشأ الأنواع البحرية النهرية السراء حفظ هذه الأنواع عن طريق وضع التدابير المناسبة لتنظيم الصيد في جميع المياه التي تقع في اتجاه البر من الحدود الخارجية لمنطقتها الاقتصادية الخالصة . وللدولة المنشأ أن تحدد ، بعد التشاور مع الدول الأخرى المعنية بصيدها من الأنواع التي يكون منشؤها في أنهار .

ولا يجزى صيد الأنواع البحرية النهرية السراء في غير المياه التي تقع في اتجاه البر من الحدود الخارجية للمناطق الاقتصادية الخالصة ، إلا في الحالات التي يمكن أن يسبب هذا الحكم فيها اختلالا اقتصاديا لدولة غير دولة المنشأ ، أما فيما يتعلق بهذا الصيد خارج الحدود الخارجية للمنطقة الاقتصادية الخالصة ، فإن على الدول المعنية أن تجري مشاورات بهدف التوصل إلى اتفاق حول أحكامه وشروطه ، مع إيلاء المراعاة الواجبة لمتطلبات حفظ تلك الأنواع ولاحتياجات دولة المنشأ منها ، وتتعاون دولة المنشأ على الإقلال إلى أدنى حد من الاختلال الاقتصادي في هذه الدول الأخرى التي تصيد تلك الأنواع ، آخذة في الاعتبار كمية الصيد المعتادة ونمط عمليات تلك الدول وجميع القطاعات التي جرى فيها مثل هذا الصيد .

وفي الحالات التي ترتحل فيها الأنواع البحرية النهرية السراء إلى مياه واقعة في اتجاه البر من الحدود الخارجية للمنطقة الاقتصادية الخالصة لدولة غير دولة المنشأ ، أو خلال تلك المياه ، تتعاون هذه الدولة مع دولة المنشأ فيما يتعلق بحفظ وإدارة أرصدة هذه الأنواع .

الأنواع النهرية البحرية السراء

تقع على الدولة التي تقضى الأنواع النهرية البحرية السراء الجزء الأكبر من دورة حياتها في مياهها مسؤولية إدارة هذه الأنواع ، وعليها أن تؤمن دخول الأسماك المرحلة وخارجها .

ولا تجتنى الأنواع النهرية البحرية السراء في غير المياه التي تقع في اتجاه البر من الحدود الخارجية للمنطقة الاقتصادية الخالصة .

القيود المتصلة بنقل الحقوق

لا تنقل حقوق استغلال الموارد الحية المعنية هنا بشكل مباشر أو غير مباشر ، إلى دول ثالثة أو إلى رعاياها ، سواء بالتأجير أم بالترخيص أم بإقامة مشاريع مشتركة أو بأية طريقة أخرى يكون لها أثر إحداث ذلك النقل مالم تتفق الدول المعنية على غير ذلك .

تنفيذ قوانين وانظمة الدولة الساحلية

للدولة الساحلية ، في ممارسة حقوقها السيادية في كشف واستغلال وحفظ وإدارة الموارد الحية في المنطقة الاقتصادية الخالصة ، أن تتخذ تدابير من بينها تفقد السفن وتفتيشها واحتجازها وإقامة دعاوى قضائية ضدها ، وفقاً لما قد تقتضيه الضرورة ، لضمان الامتثال للقوانين والأنظمة التي اعتمدها .

ويخلى من غير تأخير سبيل السفن التي أخضعت للاحتجاز وطواقمها لدى تقديم كفالة معقولة أو ضمان آخر .

وفي حالات احتجاز السفن الأجنبية أو احتباسها ، على الدولة الساحلية أن

تسارع إلى ابلاغ دولة العلم ، بالوسائل المناسبة ، بالاجراء المتخذ وبأية عقوبات تفرض بعد ذلك .

ولكن في الاتفاقية نصوص لا يتفق حكمها مع أحكام النظرية الإسلامية — كما أسلفت — ولعل أهم تلك النصوص هي فقرات مما ورد في المادتين ٦٩ ، ٧٠ بشأن حصة الدول غير الساحلية والدول المتضررة جغرافيا إذ حصرت حق تلك الدول « في المشاركة على أساس متصف في استغلال جزء مناسب من فائض (الموارد) الحية للمناطق الاقتصادية الخالصة للدول الواقعة في نفس المنطقة دون الإقليمية أو الإقليمية » ، وأضافت بأن تحدد تلك المشاركة عن طريق اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف . والاتفاقية بذلك قياسا بالنظرية الإسلامية تبخس الدول غير الساحلية والدول المتضررة جغرافيا بعض حقها لأن الفائض جميعه حق لتلك الدول في النظرية الإسلامية والاتفاق بشأنها لا يكون من أجل تحديد حصتها فيه . بل من أجل تنظيم الاجراءات تيسيرا لممارسة الحقوق .

أما الثروة البحرية الحية — من غير الثروة السمكية — فتتصرف إلى ما لا يصلح للغذاء الإنساني ولذا وصفها الفقه التقليدي بأنها من الخبائث ، مثل الانواع الآبدة التي اسلفت تعريفها .

إن القول في حكم النظرية الإسلامية هنا يحتمل أمرين :-

فقد يقال إن هذه الأنواع تدخل في حكم الكلاً الذي ينبت في موات الأرض يرعاه الناس وتبعاً للدول فيها شريكات قياساً على الحديث الشريف « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلاً والنار » . ثم إن العلة في منع تملك السمك تملكاً فردياً هي أن المنفعة التي تنال منه لا تتناسب مع العمل الذي يبذل من أجله فلو أنا سمحنا بتملكه ملكية فردية لنال المالك منه نفعاً كبيراً دون جهد متقابل ومشقة معقولة

وقد يقال إن الأنواع الآبدة نأخذ حكم الأرض على اعتبار أنها جزء من أجزائها ومن

ثرائها الذاتية ولذا يلزم أن تتبع في الحكم قطعة الأرض التي تحتويها . وقد جعل السنافعي كل ما هو ثابت الأصل من الملحقات المخلوقة في الأرض والمتصلة بها اتصال قرار تابعة في مدلول كلمة الأرض . ولما كانت الأنواع الآبدة تروحد في الإفريز القاري والإفريز القاري امتداد لليابسة وحق الدولة على ما فيه من موارد وثروات حق خالصة لها فإن الأنواع الآبدة تدخل في الحقوق الخالصة للدولة الساحلية حكمها حكم ما في الإفريز القاري من معادن . إن وصف الأنواع الآبدة بأنها ملحقة بالأرض هو ما قال به اللورد نيف Neave سنة ١٨٦٨ في قضية Sutherland Vs Watson حيث اعتبر بلح البحر جزءاً من التربة partes soli لأنه يوجد في التربة بنية الاستقرار animo ramenendi (منشور في 1868- 6 M- 99) .

وإن أفضل الأخذ بالرأي الثاني ذلك أننا لو أخذنا بالرأي الأول فإن تملك الأنواع الآبدة يخضع لقاعدة السبق المباح ، وتلك قاعدة لا يمكن تطبيقها على إطلاقها فهي مقيدة بقيود منها مبدأ « لا ضرر ولا ضرار » . ولا جدل في أن إباحة الأنواع الآبدة — مع ما لها من قيمة اقتصادية — تدفع إلى التزاحم والمغالبة لاسيما إذا كان استخراجها لا يحتاج إلى كبير عناء أو باهظ التكاليف — وهذا يترتب عليه ضرر للدولة الساحلية . فإذا انتحينا هذا المنحى في حكم الأنواع الآبدة فإن حكم المادتين ٦٨ ، ٧٧ من اتفاقية مونتيجو يتفق عندئذ مع حكم النظرية الإسلامية من حيث إخراج الأنواع الآبدة من الأحكام التي تخضع لها الثروة السمكية وإلحاقها بالمعادن التي تحتويها الإفريز القاري .

الفرع الثاني

في

الموارد البحرية غير الحية

مفهوم الموارد غير الحية في النظرية المعاصرة :

تولت م ٧٧/٤ من اتفاقية مونتيجو تعريف الموارد غير الحية في الإفريز

القارى فقالت « تتألف الموارد الطبيعية المشار اليها فى هذا الجزء من الموارد المعدنية وغيرها من الموارد غير الحية لقاع البحار وباطن أرضها » .

والجزء الذى تشير إليه الفقرة هو الجزء السادس من اتفاقية مونتيجو والخاص بالإفريز القارى . وإذن فالموارد غير الحية المعنية هى (١) الموارد المعدنية . (٢) الموارد الأخرى غير الحية . ولم توضح الاتفاقية ماذا تعنى بتلك الموارد الأخرى ، وفى تصورى أن الموارد الأخرى لا تعنى سوى ماقد يوجد فى المنطقة من آثار لا سيما تلك التى تكون لها قيمة تاريخية .

ويضيف الفقهاء إلى ذلك الملح بوصف أنه ثروة معدنية تستخرج من مياه المنطقة الاقتصادية ، ولكنى أعارض ذلك للاعتبارات التالية :

١ — كل ماليس حيا مما يستخرج من البحر يعتبر فى رأى موردا وليس ثروة لأنه غير الحى . والثمار والإثراء مرتبط بالحياة كما قدمت ولذا فإن الناتج البحرى غير الحى يندرج دائما تحت مسمى المورد ، وتبعاً فإن الملح الذى يتخذ صفة التجدد بتجدد المياه التى تحتوى عليه يعتبر بحكم هذا التجدد — ثروة وليس موردا .

٢ — ملح البحر لا يعد ثروة إلا بعد أن يبذل جهد معين فى استخراج منه من الماء . والحقيقة أن ذلك الجهد هو الذى حقق الثروة ، والابقى الملح من مكونات مياه البحر وكأنه فى حكم العدم . والجهد هنا يختلف عن الجهد الذى يبذل فى استخدام المعادن الأخرى لأن تلك المعادن لها كيانها المادى الخاص وما يبذل فى سبيلها هو لاستخراجها من مكانها وتخليصها من شوائبها . ومن ثم فإن الجهد لا يخلق كيانها المادى كما هو الحال فى الملح البحرى .

٣ — الملح يستخرج بجهود ومعدات على اليابسة إذ تنقل مياه البحر كما هى إلى الإقليم البرى وهناك تجرى عمليات التقطير والاستخلاص ، ومن ثم فإن استخلاص الثروة الملحية يعتمد أساساً على البر وبدون البر تضعف فرصة الحصول على تلك الثروة ، على خلاف المعادن البحرية فإن

الجهود البرية إنما نبذل بقصد تجهيز تلك الثروة للمعاملات التجارية أو الاستخدامات العلمية وليس بقصد إيجادها بداءة كالملاح .

ومن هنا فإن لا أدخل الملاح البحري ضمن الثروات أو الموارد البحرية في مفهوم النظرية المعاصرة ، فهو في حكم الماء العذ الذي تركه الرسول ﷺ على حكم الإباحة العامة . فقد روى أبو عبيد وأبو داود والترمذي بإسنادهم عن أبي بن جهمال أنه « استقطع رسول الله ﷺ الملاح بمأرب فلما ولي قيل يارسول الله إنه دعى مأقطعت له الماء العذ فرجعه منه » . فالماء العذ من ورده أخذه (مصابيح السنة ٨١/٢ باب إحياء الموات) ولا يجزى تملك الملاح البحري إلا لمن بذل الجهد في استخراجه .

مفهوم الموارد غير الحية في النظرية الإسلامية :

الموارد غير الحية في النظرية الإسلامية فئتان : المعادن والكنوز . وتعنى المعادن في النظرية الإسلامية معناها في الفقه فهي تطلق على معنيين :

- ١ — المواضع التي يستخرج منها جواهر الأرض كالذهب والفضة .
- ٢ — الأجزاء المستقرة التي ركبها الله تعالى في الأرض ، أى ما يخرج من الأرض من جواهر .

وقد اختلف الفقهاء في تعريف المعادن :

- ١ — فهي عند الحنفية اسم لما خلقه الله تعالى في الأرض يوم خلق الأرض .
- ٢ — وعند المالكية هي ما جعله الله في الأرض يتكون فيها كما ينبت الزرع .
- ٣ — وعند الشافعية تعنى ما جعله الله في الأرض وكذا المكان الذي خلق الله فيه تلك الجواهر .
- ٤ — وعند الحنابلة اسم لما تولد في الأرض وكذا المكان الذي خلق الله فيه تلك الجواهر .
- ٥ — ما استخرجه الله من الأرض مما كانت أصله ثم اشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها .

ومن هذا العرض يتضح لنا أن الفقهاء يفتنون في الواقع على أن المعدن هو كل متولد من الأرض من غير جنسها . والمعادن :

١ — قد تكون ظاهرة وهي التي لا يحتاج تحصيلها إلى طلب ، فهي تتميز عن الأرض أو التي تكون طبيعتها المعدنية ظاهرة سواء احتاج استخراجها إلى الجهد أم لا مثل الزيت (النفط) .

٢ — وقد تكون باطنة وهي التي يحتاج تحصيلها إلى طلب فلا تتميز عن الأرض . وإنما يتوصل إليها بالعمل والمؤنة كالذهب والفضة .

كذلك اختلف الفقهاء في تعريف الكنز :

١ — فهو عند الحنفية اسم لما دفنه بنو آدم .

٢ — وعند المالكية والشافعية دفن الجاهلية ودفن الإسلام .

٣ — وعند الحنابلة مصطلح يرادف الركاز . والركاز لفظ يطلق على قطع الذهب والفضة التي تخرج من الأرض . ويطلق عند العراقيين على ما يشمل معادن الأرض . ويطلق عند الحاربيين على كنوز أهل الجاهلية وعلى ذلك فالمعادن عندهم ليست بركاز (عبد الله الرشيد — المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١٦) .

وجلى من تعريف الركاز أننا نستطيع — من باب البعد عن الإغراق الذي قد يعقد الأمور — ان نستغنى في دراستنا هذه عن مصطلح الركاز ، وأن نقبس كبديل عنه مصطلحي المعدن والكنز . ذلك أن المعدن يغنى عن الركاز عند من يرون أن الركاز معدن كما أن الكنز يغنى عن الركاز عند من يرون أن الركاز دفينة في الأرض .

والكنز على اختلاف الفقهاء — هو دفائن الإنسان في الأرض (سواء كانت تلك الدفائن جاهلية أم إسلامية) والكنز بهذا المعنى ينتصرف — فيما أرى — إلى الأشياء ذات الطابع الأثري أو التاريخي لأنها في الحقيقة دفن الأرض سواء أكانت جاهلية أم إسلامية .

وإذن فالموارد غير الحية في النظرية الإسلامية هي المعادن ظاهرة وباطنة والكنوز جاهلية وإسلامية .

حكم الموارد غير الحية في النظرية المعاصرة :

تعود الموارد غير الحية — طبقاً لاتفاقية مونتيجو — إلى الدولة الساحلية . وحقوق الدولة الساحلية عليها هي حقوق سيادية لأغراض كشف واستغلال تلك الموارد . وهي في الإفريز القاري حقوق خالصة بمعنى أنه حتى إذا لم تقم الدولة الساحلية بكشف الإفريز القاري أو استغلال موارده الطبيعية فلا يجوز لأحد أن يقوم بأوجه النشاط تلك دون موافقة صريحة من الدولة الساحلية .

ولانتوقف حقوق الدولة الساحلية في الإفريز القاري على احتلال فعلى أو حكمي ولا على أى إعلان صريح . (م ١/٧٧ ، ٢ من اتفاقية مونتيجو) .

حكم الموارد غير الحية في النظرية الإسلامية :

يختلف حكم الموارد الحية في النظرية الإسلامية باختلاف ما إذا كانت توجد في أرض مملوكة أو في أرض مباحة . ولما كانت الثروة غير الحية في المعنى الذي أقصده هنا توجد في الإفريز القاري دون المنطقة الاقتصادية فإن الأمر يتطلب أن نحدد بداءة طبيعة الإفريز القاري وهل هو أرض مملوكة أم مباحة . والحق أن هذا السؤال يثير جدلاً في الفقه المعاصر ولكن اتجه في دراسته إلى الفكرة الغالبة بعد البحث ' عن التعقيد' الذي يجب أن تتلافاه الدراسات العامة . للإفريز القاري مفهوم قانوني صاحب المفهوم الجيولوجي عند أول المدرك في نطاق القانون ثم انفصل المفهوم فأصبح للإفريز القاري تعريف قانوني يختلف عن مفهومه الجيولوجي . بيد أن الفسلفة القانونية لمدرك الإفريز ظلت متأثرة بالاعتبار الجيولوجي فلا يزال الإفريز القاري ينظر إليه على أنه امتداد طبيعي لليابسة — أى للإقليم البري للدولة الساحلية — وقد انعكس هذا التأثير على الأحكام التي تقررت للإفريز القاري . فقد أسلفت أن المادة ٧٦ من اتفاقية مونتيجو تدخل في الإفريز القاري « جميع الامتداد الطبيعي لإقليم الدولة » .

البرى حتى الطرف الخارجى للحافة القارية » ولذا فإن حقوق الدولة الساحلية عليه خالصة لا تتوقف على احتلال فعلى أو حكمى أو إعلان صريح .

وإذا كانت الجماعة الدولية قد قبلت هذه النظرة — أى معاملة الإفريز القارى وكأنه جزء من الاقليم البرى — فلا أرى غضاضة فى أن تتبنى النظرية الإسلامية مدرك الإفريز القارى بهذا المعنى ، أى على أنه امتداد للإقليم البرى ، ومن ثم فإن مايوجد به من موارد غير حية يعتبر فى حكم الموارد التى توجد فى أرض مملوكة سواء كانت الملكية ملكية كاملة أم ملكية انتفاع (سيادة سياسية أم سيادة إقتصادية) .

ولما كانت ملكية الإفريز القارى للدولة فإن مافيه من معادن يأخذ — قياسا — حكم المعادن التى توجد فى الأرض التابعة لبيت المال . وتتفق المذاهب الإسلامية على أن المعادن الموجودة فى أرض تابعة لبيت المال تعتبر مملوكة لبيت المال والنظر فيها متروك للامام . وإذن فحقوق الدولة فى المعادن التى توجد بإفريزها القارى هى حقوق خالصة ، وهو — كما قالت م ٧٧/١، ٢، ٣ من اتفاقية مونتيجو — احتياز حقوق سيادية لأغراض كشف واستغلال موارده الطبيعية . ولا يجوز لأحد أن يقوم بالكشف أو الاستغلال بدون موافقة صريحة من الدولة الساحلية ، وهى حقوق تلقائية لا تتوقف على احتلال فعلى أو حكمى ولا على أى إعلان صريح .

ولكن الأمر يختلف بالنسبة للكنز ، فالفقهاء يتكلمون عن فئات ثلاث من الكنوز : الكنز الجاهلى ، الكنز الإسلامى ، الكنز المجهول .

والكنز الجاهلى هو مادفن فى أرضه قبل ظهور الإسلام . وقد وقف الفقه حياله على ثلاثة اتجاهات :

أ — الكنز ملك لواجده سواء أكانت الأرض مملوكة لمن وجده أم للغير أم لم تكن مملوكة لاحد .

ب — الكنز ملك لأول مخطط بنسبة اربعة الاخماس والخمس للدولة . وأول مخطط هو من اعطى الأرض عند الفتح فإن لم يكن لها مخطط كان الكنز ملكا لمن أحيا الأرض لأنه بالإحياء تملك الأرض وماباطنها .

جـ - الكنز ملك لصاحب الأرض .

أما الكنز الإسلامي فجمهور الفقهاء على أنه ملك لمن دفعه ويعتبر لقطة في يد واجده لأنه من وضع المسلمين ومال المسلمين لا يغنم والموجود في باطن الأرض كالموجود على ظهرها .

وذهب الإمامية إلى أنه لو وجد في أرض غربة ملكه أو بائعه فهو أحق به وإلا كان للواجد .

فإذا كان كنزا مجهولا فهناك رأى يلحقه بالكنز الجاهلي ورأى يلحقه بالكنز الإسلامي .

والحق عندى أن منطق الفقه التقليدى انحصر في زمانه وتأثر بظروف عصره وتبعاً فلا بد أن يتغير بتغير الزمان والمكان فليس هناك من منطق الآن في التفرقة بين الكنز الجاهلي والكنز الإسلامي بعد أن بلغ الإسلام نيفا وأربعة عشر قرناً تركت أحداثها وقضاياها آثارها واضحة على دار الإسلام . ثم إننا لم نعد في زمان نتكلم فيه عن الفتح الإسلامي أو الكافر المظهور عليه بالإسم . وإذن فالتفرقة لم يعد لها سند وبسقوط التفرقة تجب إعادة النظر في حكم الكنوز في النظرية الإسلامية .

وإذا كان لي أن ادلى دلوى هنا فيأني أرى أن نفرق بين الكنوز من حيث قيمتها التاريخية والثقافية . فما كانت له قيمة أثرية للتاريخ والثقافة يكون ملكاً للإنسان ويد الدولة الساحلية عليه يد أمانة لصالح الحقيقة العلمية ، مع إيلاء اعتبار خاص للحقوق التفضيلية للدولة أو بلد المنشأ التاريخي أو المنشأ الثقافي (قارن م ١٤٩ من اتفاقية مونتيجو) وسندى في ذلك أن هذا يتفق والأعراف الدولية المعاصرة وهى أعراف تحقق صالحاً عاماً ولا تعارض نصاً أو تناقض حكماً شرعياً إلزامياً ، وهذا يؤيده مفهوم الآية الكريمة « بل كذبوا بما لم يحيطوا بعلمه ولما يأتهم تأويله » (يونس / ٣٩) . صحيح أن الآية الكريمة قد تفهم على أنها إنما تشير إلى العقيدة ولكنى أرى منها ما يفيد أيضاً مبدأ عاماً وحقيقة واقعية هى أن الإنسان أميل إلى عدم تصديق ما لم يحيط به خبراً . ولذا فإن

الاحتفاظ بتلك النشة من الكنوز هو احتفاظ بالحقائق العلمية التي تجلى سميات التاريخ وتعين على تفهم واقع الأمم وتطور الحضارات ، وفي ذلك مافيه من عون للعلم والعلماء وبتقدم العلم والعلماء تصلح البشرية « انما يخشى الله من عباده العلماء » (فاطر / ٢٨) . ولست بحاجة إلى أن افصل في اهتمام الإسلام بالعلم وحضه على طلبه ، وقد بعث الرسول ﷺ معلما .

اما إذا لم تكن للكنز قيمة تاريخية أو ثقافية فإنى أرى أن يكون ملكا لصاحبه فإن لم يكن له صاحبه فهو ملك لواجده ، وسندى فى ذلك الحديث الشريف « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوى عدل ثم لا يغيره ولا يكتمه ، فإن جاء ربها فهو أحق بها ، وإلا فهو مال الله يؤتية من يشاء » (سند ابن ماجه / ٨٣٧/٢) . ويجوز للدولة أن تأخذ حصة من ذلك الكنز ، كالخمس مثلا لقوله ﷺ « وما يوجد فى الخراب ففيه وفى الركاز خمس » ويسأل عن حصة الدولة صاحب الكنز أو من يملكه .

ولا يأخذ الكنز الذى يوجد فى الإفریز القارى حكم الكنز الذى يوجد فى الأرض المباحة لأن الإفریز القارى كما قدمت ليس أرضا مباحة .

ولما كانت حقوق الدولة فى الإفریز القارى لا تمس النظام القانونى للمياه العلوية أو للحيز الجوى فوق تلك المياه ، فإن ممارسة الدولة الساحلية لتلك الحقوق — يجب كما تقول م ٧٨ من اتفاقية مونتيجو — ألا تعتدى على الملاحة وغيرها من حقوق وحرىات الدول . بيد أن الموارد غير الحية — من حيث طبيعتها — يمكن أن تنقسم إلى قسمين :—

١ — معادن صلبة ، وهذه بدورها قد تكون قابلة للطرق والانطباع ، كالذهب والحديد . وقد تكون غير قابلة للطرق والانطباع ، كالماس والزمرد . وفى قول آخر فإن الموارد الطبيعية تحتوى بالتعبير الحديث على المعادن والجواهر .

٢ — معادن سائلة كالزئبق والزيت (محمد سلام مذكور — الفقه الإسلامى ، ص ٢٣٢) . والطريف أن هذه الموارد السائلة تحكمها ظاهرة

التحرك الجوفى وهى فى ذلك قرية الشبه بمياه العيون والآبار لانها تغير مسارها الجوفى وقد تسرب عبر إقليم الدولة إلى المناطق المجاورة فى إقليم دولة أخرى . ومن الأمثلة الواقعية على ذلك حقول صافانيا وهى بين الكويت والسعودية فى الحدود الفاصلة بينهما فيما كان يعزف بالمنطقة المحايدة . وتلك ظاهرة تختلف عن ظاهرة المكامن المشتركة التى قد توجد فى أكثر من دولة والتى يتوقف أمر استغلالها على ما يتم الاتفاق عليه بين الدول المعنية ، الأمر الذى يتم على عدة صور مثل اعتبار المكامن مالا مشتركا أو وحدة واحدة . ولا أرى مجالا لهذا التفصيل هنا ولذا اقتصر على الظاهرة الأولى فقد لقيت هذه الظاهرة اهتماما فى الفقه المعاصر وتعددت فى ذلك النظريات ، فهل تقبل النظرية الإسلامية هذا الجدل أم أن حكم تلك الموارد السائلة هو ما أسلفت من حكم بالنسبة للموارد غير الحية عموما ؟. هذا ما أجيب عليه فى السطور التالية .

الموارد البحرية السائلة :

أ - النظرية المعاصرة :

يختلف الفقه حيال تلك الموارد ولعل أهم الاجتهادات الفقهية فى هذه القضية هى :—

١ — نظرية الاستيلاء الفعلى Law of capture ، وتقول بأن لكل دولة أن تجرى داخل حدودها ماتشاء من حفر وتنقيب وأن تستولى على ماتستخرجه من موارد دون اعتبار لصالح الدول الأخرى المجاورة . ولكن تقدم التقانة فى صناعة الزيت الذى مكن من تحديد الكمية من المورد السائل التى تنتقل من إقليم إلى إقليم — سمح للقضاء الداخلى — لاسيما فى أمريكا — بأن يطبق نظرية الإثراء بلا سبب التى لو طبقت على الصعيد الدولى فإنها تعنى أن على الدولة أن تعوض عما أثرت به الدولة المجاورة نتيجة تسرب المورد السائل إلى إقليم الدولة الأخيرة .

وقد نادى فريق من الفقه برأى مقارب تحت مسمى آخر هى نظرية التملك المكانى ownership in place كميّار لتقسيم المورد المهاجر على أساس كمية الاحتياطى الموجود فى باطن إقليم كل دولة .

٢ — نظرية التبع من حيث أن الدولة تملك المورد السائل وهذه الملكية — أيا كان تكييفها — تضاف على المالك حقا عينيا بتبع ذلك المورد أينما كان . وتبعاً يكون هنا أن تستغل المورد السائل الذي هاجر من إقليمها في إقليم الدولة المجاورة ، أى أن للدولة الساحلية أن تمتد باختصاصها إلى الإقليم المجاور إلى الحد الذى تبرره حقوقها الاقتصادية تلك — شأن استغلال هولندا لمناجم الفحم الموجودة في بعض الأقاليم الألمانية في منطقة الحدود .

ب — النظرية الإسلامية :

وإذا كان هنا هو موقف الفقه المعاصر فما هو موقف النظرية الإسلامية ؟ يمكن أن نقول إن المعادن السائلة المهاجرة هي من الأموال المباحة قياساً على الماء بجامع السيولة في كل (كشف القناع ٢/٦٠٢) . وتبعاً فإنها تخضع لقاعدة الاستيلاء الفعلي أو التملك المكاني . ولكن الرد على ذلك هو أن السيولة ليست علة إباحة الماء وإنما العلة هي ضرورته لجميع الكائنات الحية بحيث لا يمكن لها أن تستغنى عنه وتلك العلة غير متوافرة في المعادن السائلة .

ويمكن أن نقول إنها ملك للدولة صاحبة المكنن الأصلي ومن ثم فإن للدولة عليها حق عيني بالتبع في إقليم الدولة المجاورة وهذا يتفق مع نظرية الإثراء بلا سبب . ولذا فإنى أرجح هذا المذهب على أن تراعى الدولة صاحبة المكنن الأصلي في ممارستها لحقوقها في التبع قاعدة أن لا ضرر ولا ضرار فلا يكون لها استغلال المعدن في إقليم الدولة المجاورة إلا في حدود تلك القاعدة وإلا كان التعويض هو البديل . وقد قدمت أن التقدم التقني يجعل تطبيق هذه النظرية ميسوراً الآن بعد أن أصبح قياس المعدن السائل في مكانه وتحديد مقدار المهاجر منه في متناول المعدات الحديثة . وقد سبق أن تناولت هذه القضية بمزيد من التفصيل عند مناقشة أحكام المياه الجوفية . ولعل في قاعدة أن الأرض تتبع الماء حكماً — والتي ألححت إليها آنفاً — ما يضاف لتأييد هذا الرأي .

المبحث السابع

فى

التراث المشترك (إقطاع استغلال المعادن)

التراث المشترك فى الفكر المعاصر (المنطقة) : كلمة عاجلة :

كانت فكرة إلفريز القارى — كما رأينا — بداية النهاية لقانون البحر الكلاسى فقد أدخلت — فى إصرار — خلفية اقتصادية عريضة على فلسفة قانون البحر . وكان لابد للأمم المتحدة من أن تشد الركاب إلى حلبة الصراع انصياعا لما فرضه عليها الميثاق من التزام بتشجيع التقدم المضطرد للقانون الدولى وتدوينه .

وكانت باكورة جهد المنتظم الدولى قرارا صدر عن الجمعية العامة فى ديسمبر سنة ١٩٧٠ استحدثت فى بنده الأول عبارة « التراث المشترك للإنسانية » وهو التعبير الجديد لوصف جزء من قاع البحر أسمته اتفاقية مونتيجو « المنطقة »، والمدر ك الجديد يرتب أثرا مزدوجا . فهو يحول بين الدول وبين أن تدعى لذاتها حقا فى منطقة التراث المشترك ، ويضمن فى الوقت ذاته للدول أن تسهم جميعا فى إدارة تلك المنطقة وإفادة بامتيازات أوفر للدول النامية فيما تدره المنطقة من ثروات .

تقول م ١٢٦ من اتفاقية مونتيجو إن « المنطقة ومواردها تراث مشترك للإنسانية » ، كما سمت م ١٣٣ موارد تلك المنطقة، عندما يتم استخراجها من المنطقة، باسم (المعادن) . . وإذن فالتراث المشترك قاصر على تربة البحر والتحربة ولا يمتد إلى سطح البحر . والفكرة الكامنة وراء التراث المشترك للإنسانية هو إحساس الجماعة الدولية بأن الثروات التى اغدقتها عليها الطبيعة ليست حقا خالصة للحاضر فحسب بل هى كذلك مشترك بين الحاضر والمستقبل ، أى أن التراث مشترك بين دول هذه الايام ودول القادم من

الزمان ، الأمر الذى يتطلب إدارة اقتصادية رشيقة تحتوى الدول النامية والدول الراهبة جميعا ، كما أنها لا تختص جيلاً بعينه بتميزة تمنحه أولوية على غيره من الأجيال إنما تضمن لكل جيل استخداماً قوياً ليبقى على -موارد الثروات المشتركة . ولذا تنص م ١٣٧ من اتفاقية مونتيجر على أن جميع الحقوق فى موارد « المنطقة » ثابتة للبشرية جمعاء ، وتعملها « السلطة » ، وهى الهيئة التى نظمتها الاتفاقية للسهر على مصالح الجماعة الدولية فى المنطقة . وقد عرفت المادة ١/١٥٧ بأنها (المنظمة) التى تقوم الدول الأطراف عن طريقها ، وفقاً لهذا الجزء ، بتنظيم (الأنشطة) ورقابتها بصورة خاصة بغية إدارة موارد المنطقة ، وهذه الموارد لا يمكن النزول عنها . أما المعادن المستخرجة من المنطقة فلا يجوز النزول عنها إلا طبقاً لهذا الجزء الحادى العشر من الاتفاقية الخاص بالمنطقة ، وقواعد السلطة وأنظمتها وإجراءاتها ، كما منعت المادة على أية دولة أن تدعى حقاً فى أن تمارس السيادة أو الحقوق السيادية على أى جزء من المنطقة أو مواردها . ولن يعترف بأى ادعاء أو ممارسة من هذا القبيل .

وتفرض م ١٤٠ أن تجرى أوجه النشاط فى المنطقة لصالح الإنسانية جمعاء بغض النظر عن الموقع الجغرافى للدول — ساحلية كانت أم غير ساحلية — مع إيلاء مراعاة خاصة لمصالح واحتياجات الدول النامية والشعوب التى لم تنل الاستقلال الكامل أو غيره من أوضاع الحكم الذاتى التى تعترف بها الأمم المتحدة ، وتلزم « السلطة » بأن تهىء لتقاسم الفوائد المالية وغيرها من الفوائد الاقتصادية المستمدة من المنتظم تقاسماً منصفاً عن طريق القوام المناسب .

ويمكن أن ألخص القواعد التى تحكم « المنطقة » فيما يلى :

- ١ — الدول هى التى تحدد بداية هذه المنطقة من حيث أن المنطقة تخرج عن الولاية الوطنية أى أنها تبدأ فى نهاية حدود الولاية الوطنية .
- ٢ — تخضع المنطقة لمبدأ المساواة بين الدول الأطراف فى الاتفاقية وتعتبر المعادن المستخرجة ملكاً شائعاً لتلك الدول سواء فى شكلها الخام أم المصنّع .

٣ — لا تؤثر الأحكام الخاصة « بالمنطقة » على المركز القانوني للمياه التي تعلوها أو الحيز الجوي فوق تلك المياه .

٤ — لا تستخدم « المنطقة » إلا في الأغراض السلمية . وتخضع أوجه النشاط فيها لأحكام الاتفاقية وماتضعه السلطة الدولية من تنظيم في حدود أحكام الاتفاقية .

٥ — يستهدف النشاط في « المنطقة » تشجيع الإنماء السليم للاقتصاد العالمي والنمو المتوازن في التجارة الدولية وتجنب إحداث آثار ضارة بدخول البلدان النامية أو التخفيف إلى أدنى حد من تلك الآثار الضارة .

٦ — يجرى النشاط في « المنطقة » لصالح الإنسانية قاطبة مع إيلاء مراعاة خاصة لصالح الدول النامية والشعوب غير المستقلة . ويجب اتخاذ التدابير اللازمة لحماية « المنطقة » ضد التلوث وغيره من الأخطار التي تهدد البيئة .

والحق أن الحالة الكبرى التي تحيط بمذكر « التراث المشترك » سرعان ما تبدد أمام التحليل المتعمق للفكرة إذ تتمخض عن حقيقة تقليدية هي رغبة الدول في إنشاء منتظم اقتصادي للإشراف على « المنطقة » واستثمار مواردها طبقا لقواعد معينة بقصد تحقيق مصالح تفيد منها الدول الأعضاء بناء على أحكام متفق عليها .

ولا أرى في هذا الوجيز داعيا لأن استرسل في الكلام عن « السلطة » الأمانة على هذا التراث والحارس لآمال الإنسانية فيه ، فذلك مجاله الحق هو التنظيم الدولي .

اقطاع استغلال المعادن في النظرية الإسلامية :

يتضح مما أسلفت أن « المنطقة » ملك مشاع للإنسانية وكذا ماتحتويه من معادن . ومن ثم فإن ماقد يكون بها من ثروات حية لا يدخل في مفهوم التراث المشترك — المتحضر في الموارد — وإنما هو باق على حكم الإباحة الأصلية .

وإذا أُرجم الجماعة البشرية — القيمة على مصالح الإنسانية — هي المالك للمنطقة ولا بد للدولة — كي تستفيد من منافع « المنطقة » — من أن تستقطع جزءا من « المنطقة » لاستغلاله ، ولذلك فقد احترت مدرك « إقطاع استغلال المعادن » في النظرية الإسلامية لأستمد منه الأحكام التي يمكن أن نطويعها لتنظم « المنطقة » من وجهة النظر الإسلامية أو ما يسميه الغربيون بالتراث المشترك . من حيث أن الجماعة الدولية — في محل الإمام ومقابلا له على الصعيد الدولي — هي التي تملك التصرف في منافع تلك « المنطقة » دون رقبتها وأن الاتفاق الذي يبرم بين ممثل الجماعة الدولية وهو هنا « السلطة » وبين الدولة المعنية يعد بمثابة إقطاع استغلال للمساحة من تربة وتحتربة البحر التي تتعاقد عليها « السلطة » مع الدولة المعنية .

والإقطاع شرعا هو سلطة للإمام يستطيع بموجبها أن يمنح أرضا مخصوصة أو غلة أرض مخصوصة لإنسان بشرائط مخصوصة (محمد سلام مذكور — الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٧٦) . وإذن فالإقطاع هو من السلطات العامة للإمام وليس حقا شخصيا ، وهو ليس مطلقا وإنما يمارس على أرض مخصوصة ، كما أن له شرائط تسعى إلى ضمان توافر شروط القدرة فيمن يُقْطَع لأن الإمام مقيد في الإقطاع بأن يتصرف في نطاق صالح الجماعة الإسلامية . ذلك أن الآثار تدل على أن الرسول ﷺ كان يقطع الأرض لمن يقدر على إحياؤها وتعميرها وعلى أنه إذا قام مانع بالمُقْطَع جاز له أن يرد القطيعة ، وعلى ولي الأمر أن يقبلها ويقطعها لمن لديه القدرة على الانتفاع بها .

وقد اختلف الفقهاء في تكييف الطيعة القانونية للإقطاع .

أ — فهناك نفر يجعل الإقطاع سببا مستقلا للملك ، وعند هؤلاء أن الحق الذي يكتسب بالإقطاع حق ملكية .

ب — ولكن جمهور الفقهاء يشترطون أن ينضم إلى الإقطاع تعمير وإحياء ، ولذا فإنهم يرون أن الحق المكتسب بالإقطاع هو اختصاص وأولوية فقط بمعنى أن المقطع يصبح أحق بالأرض المقطعة من غيره .

والإقطاع عند الماوردى — او القطائع كما اسماء — ضربان : إقطاع تمليك وإقطاع استغلال . وإقطاع التمليك تنقسم فيه الأرض المقطعة ثلاثة أقسام : موات ، وعامر ، ومعادن (الأحكام السلطانية للماوردى — مرجع سابق ، ص ٢١١ — ٢١٢) . أما إقطاع الاستغلال أى ماعبر عنه الفقهاء بإقطاع الارتفاق ، هو ما يخصه الإمام لبعض الناس من أرض ونحوها ليس عليها ملك سابق وذلك للانتفاع بها فترة من الزمن (الرشيد — مرجع سابق ، ج ١ ، ٣٣٥) .

وتتلخص أهم أحكامه فيما يلى :—

- ١ — لا يتسلك المقطع له ما أقطع تملكا خاصا وإنما يكون له حق أولوية يميزه على من سبق إليه من غير إقطاع .
- ٢ — للمقطع له أن ينتفع بالمقطع على حاله ولا ينحق له أن يبنى فيه إذا كان أرضا ولكن له أن يبنى فيه مظلة يستظل بها أو نحو ذلك مما ليست له صفة الدوام .

وقد أضاف الماوردى إقطاع المعادن وهى البقاع التى أودعها الله تعالى الجواهر فى الأرض فهى ضربان ظاهرة وباطنة :

« أما الظاهرة فما كان جواهرها المستودع فيها بارزا كمعادن الكحل والملح والنفط فهو كالماء لا يجوز إقطاعه والناس فيه شرع يأخذونه من ورد إليه . »
« وقد نص عليه فى رواية حرب وقد سئل عن حديث النبى ﷺ (أنه أقطع رجلا معدن الملح الذى بمأرب فقيل له : إنه بمنزلة الماء العذب ، فرده النبى ﷺ ، فقال (معدن ملح ينتابه الناس فى الصحراء يأخذون الملح ليس هو بملك أحد . أخذه السلطان فأقطعه رجلا فمنع الناس منه : فكرهه وقال : هذا للمسلمين) . »

« فإن أقطعت هذه المعادن الظاهرة لم يكن لإقطاعها حكم . وكان المقطع وغيره فيها سواء . وجميع من ورد أسوة يتركون فيها . فإن منعهم المقطع كان متعديا . وكان لما أخذه مالكا . لأنه متعدي بالمنع لا بالأخذ وكف عن المنع

وحُرف عن مداومة العمل ، لئلا يثبت إقطاعاً بالصحة أو يتسیر معه في حكم
الأملاك المستقرة .

« وأما المعادن الباطنة فهي ما كان جوهرها مستكنافياً لا يصل إليه إلا بالعمل
كمعادن الذهب والفضة والصفرة والحديد . فنبذه وما أشبهها سواء احتاج
المأخوذ منها إلى سبك وتصفية وتخليص أو لم يحتج فلا يجوز إقطاعها كالمعادن
الظاهرة وكل الناس فيها شرع .

« فإن أحياء مواتاً بإقطاع أو غير إقطاع تظهر فيه بالإحياء معدن ظاهر أو باطن
ملكه المحيي على التأيد كما يملك ما استنبطه من العيون واحتفره من الآبار »
(الأحكام السلطانية — مرجع سابق ، ص ٢١٩ — ٢٢٠) .

ولكنني آخذ على رأى الماوردي في المعادن :

أ — بالنسبة للملح الذى اعتبره من المعادن الظاهرة ، فهو ومن على شاكلته
من الفقهاء التقليديين يتكلمون عن ملح الجبال أما ملح البحار الذى
يستخرج بتبخير المياه فهو بداهة ليس بمعدن ظاهر ولذا فإنه يأخذ
حكم المعادن الباطنة .

ب — أرجح في المعادن الباطنة جواز إقطاعها لرواية كثير بن عبد الله المزنى
عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث المعادن
القبليّة جلسيها وغوريهنا وحيث يصلح الزرع من قوس ولم يقطعه حتى
مسلم فدل بذلك على جواز الإقطاع وفي حكمه قولان ، إنه إقطاع
تمليك يصير به المقطع مالكا لرقبة المعدن والثاني إنه إقطاع إرفاق
لا يملك به رقبة المعدن . (وفي الجلسة الأولى والغور تأويلان : أحدهما أنه
أعلاها وأسفلها والثاني بلاد نجد وبلاد تهامة) .

إن الشطر من آراء الفقه الذى أقيس عليه هو المتعلق بأحكام الإقطاع من
حيث ما للمقطع له من حقوق والتزامات . أما ما قاله الفقه التقليدى عن حكم
الإقطاع من حيث الجواز وعدمه فإنى أرى ألا أتقيد به ، ذلك أن الفقه صدر
فيه عن تصور أن الإقطاع من الإمام لفرد ما فوازن بين حق الجماعة وبين حق

الفرد ومنع الإقطاع عندما يكون في مال مخصص لمصلحة المجموع فهو يحرم الإقطاع في المعادن الظاهرة قياسا على الماء لأن الناس فيه شرع . وكذلك الأمر في المعادن الباطنة .

لقد سبق أن تعرضت لبعض أحكام المعادن وأنا بصدد الكلام عن الثروة البحرية غير الحية وأقول إننى أناقش الآن حكما في القانون الدولي وليس حكما في القانون الداخلى ، والمقطع له في القانون الدولي ليس فردا وإنما دولة أى وحدة دولية أحد عناصرها المكونة لها هو الشعب . وإذن فالشعب هو في الحقيقة المقطع له ، وهنا تسقط حجة الفقه التقليدى وهى أن الناس شرع في المعادن وتبعاً فلا يجوز اختصاص فرد بعينه بها دون باقى الناس . ثم إن الحق في الفرض الذى ابحاثه هو أصلا للإنسانية أو للجماعة الدولية والإنسانية أو الجماعة الدولية تصور قانونى خيالى ، أما الشعب فتصور قانونى واقعى ومن ثم فإننا نقرر حقا لوحدة لها مظاهر قانونية واقعية حيال وحدة ليس لها أى مظهر مادى في حين أن الفقه التقليدى منع الإقطاع للفرد حماية لحق ينتفع به الناس وهم واقع فهو يوازن بين حق فردى واقعى وحق اجتماعى واقعى أما على الصعيد الدولي فنحن نتكلم عن حق فردى واقعى إزاء حق جماعى غير واقعى ولا ننسى أن حصر الناس وحصر منافعهم فردا فردا قد يتعذر أما حصر الدول وحصر مصالحها دولة دولة فقد يتيسر . وهكذا نخلص إلى أن التقيد بالقياس هنا ينتهى إلى حرج وضياح للمصلحة ولذا لا يبق أمامنا إلا أن نلجأ لضوابط الاستنباط التى تنظم الحالات الاستثنائية ، أى الاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع . وكل هذه الضوابط تنتهى في رأى إلى القول بجواز إقطاع المعادن التى توجد في منطقة التراث المشترك إلى الدول بالشروط والأحكام التى تتفق عليها الجماعة الدولية ، وتلك الشروط هى حاليا ما اتفقت عليه الجماعة الدولية في معاهدة مونتيجو .

وقد فضلت ان اطلق على هذا الاقطاع مسمى مشتركاً وهو « استغلال المعادن » لان الحقوق التى تنقرر للمقطع له مقاسة بحالة إقطاع الاستغلال

والمال الذي يمتد به الإقطاع هي معادن فحسب ولا شيء آخر في المنطقة سوى تلك المعادن .

أخلص من كل ذلك إلى أن « السلطة » الدولية التي ترتضيها الجماعة الدولية يمكن أن تقطع معادن منطقة التراث المشترك الكائنة في مساحة بعينها إلى دولة ما . وعندئذ يكون لتلك الدولة :

أ — حق أولوية على غيرها من الدول في كشف واستغلال ما بالمنطقة من معادن .

ب — يظل للدولة حقها في الكشف والاستغلال طوال فترة الإقطاع سواء قامت بالكشف والاستغلال أم لم تقم لأن المقطع له لا يزول بنقله مناعة منه بل له أن يعود إليه متى احتاج لذلك .

ج — للدولة أن تستخدم منشآت في حدود ماهر لازم لقيامها بعمليات الكشف والاستغلال ولا تتجاوز ذلك باقامة منشآت تبقى لها صفة الدوام حتى بعد انتهاء فترة الإقطاع .

د — ماجاء في اتفاقية مونتيجو من أحكام تتصل بهذا الإقطاع في شأن السلوك العام للدول فيما يتعلق بالمنطقة وصالح الإنسانية واستخدام المنطقة للأغراض السلمية وحقوق الدول الساحلية ومصالحها المشروعة والبحث العلمي البحري ونقل التقنية وحماية البيئة البحرية وحماية الحياة البشرية والتوفيق بين أوجه النشاط في المنطقة ، وفي البيئة البحرية ومشاركة الدول النامية في أوجه النشاط في المنطقة وتنمية موارد المنطقة وسياسات الانتاج وممارسة « السلطة » لصلاحياتها ووظائفها ونظام الكشف والاستغلال ، (م ١٣٨ — ١٥٣ من الاتفاقية) ، هي أحكام تقبلها النظرية الإسلامية . ولذا أحيل في استكمال أحكام النظرية الإسلامية من منطقة التراث المشتركة إليها .

كذلك أرى — بعد أن راجعت الاحكام الخاصة بالسلطة التي أقامتها الاتفاقية — أن تشكيلها لا يغير عليه في حكم النظرية الإسلامية ولا غضاضة

فى أن تعتبر هى الهيئة التى تقوم الدول الأطراف عن طريقها بتنظيم أوجه النشاط فى المنطقة ورقابتها رهنا بداهة بالوضع الراهن لدار الإسلام .

وبدهى — مادام أن التراث المشترك هو أصلا حق الجماعة الدولية — أن تستغنى « السلطة » عن الاستعانة بالدول فى كشف واستغلال « المنطقة » وأن تعهد بذلك إلى « المؤسسة » وهى هيئة « السلطة » التى تقوم بأوجه النشاط فى « المنطقة » بصورة مباشرة . والحق أن قيام « السلطة » — كممثل للجماعة الدولية — بأوجه النشاط فى « المنطقة » يقابل — على الصعيد الداخلى — قيام الإمام بذلك النشاط لصالح جماعة المسلمين المؤتمر عليهم .

قد يقال : ولكن الإقطاع حكم خاص بالمسلمين داخل حدود دولتهم أما الإقطاع هنا فحكم عام للمسلمين وغير المسلمين فكيف نقيس هذا على ذاك ؟ . وردى على هذا أن التعارف — أو مايقضى به العرف هى — كما قررت من قبل — القاعدة التى تحكم علاقة المسلمين بغير المسلمين مادام أن غير المسلمين قائمون على الولد للمسلمين والتعاون معهم « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » . ولاتك أن الوضع الذى تقوم عليه الجماعة الدولية اليوم وانفراد الغرب بالتقانة واحتيازه للقدرات المادية والعلمية يجعل من المتعذر على دار الإسلام أن تنعزل وحدها فى استعمار الأرض . وإذن فلا غنى عن المشاركة والتعاون بين دار الإسلام ودار المخالفين لعمار الكون واستثمار ثرواته وموارده تحقيقا لقوله عز وجل « هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها » ... (يهود / ٦١) لأن الاستعمار هو صيغة الاستفعال من العِمار والتعمير أى فرض عليكم أن تعمروها . وقد نعى القرآن الكريم على « الذين يفسدون فى الأرض ولا يسلحون » (الشعراء / ١٥٢) « انا لا نضيع أجر المصلحين » (الاعراف / ١٧٠) . والعطف فى هذه الآية الأخيرة على الذين « يمسكون بالكتاب وأقاموا الصلاة » أى على المصلحين من أهل الكتاب . فلا ضير إذن من أن تشاطر دار الإسلام اليهود مع المصلحين من دار المخالفين سعيا وراء عمار الأرض التى منها نشأ الخلق جميعا .

إن الجساعة الدولية في مثل هذه الأمور تركب السفينة ذاتها التي جاءت في الحديث الشريف « مثل القائم على حدرد الله والواقع عليها كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها فكان الذين في أسفلها إذا استنقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقا ولم نؤد من فوقنا فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا ». والواقع أن الإسلام يعتبر أن الخيرية تتحقق بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهي معيار تفنيل أمة على أخرى .

أما ماورد في اتفاقية مونتيجو بشأن فض المنازعات فإن أحيل في موقفى منه ومأنصح به الدولة الإسلامية إلى ماأسلفت عند الكلام على القضاء والتحكيم في الإسلام ففى ذلك غنى عن التكرار ، وسبحان الحكيم الغفار .

المبحث السادس

فى

الاقويانوس أو البحر المحيط (البحر العالى)

عجالة فى أحكام البحر العالى فى النظرية المعاصرة : تعريف وتحديد :

البحر العالى أو البحر المفتوح أو البحر العام أو أعالى البحار ، هى المنطقة من البحر التى تبدأ من نهاية البحر الساحلى أو المنطقة الاقتصادية — حسب الحال — فى مقابلة الساحل والتى تمتد إلى أعلى البحر . وتقول م ٨٦ من اتفاقية مونتيجو إنه يشمل « جميع أجزاء البحر التى لا تشملها المنطقة الاقتصادية الخالصة أو البحر (الاقليمى) أو المياه الداخلية لدولة ما ، أو لا تشملها المياه الأرخبيلية لدولة أرخبيلية » .

وأود أن أنبه منذ البداية إلى أننى أتكلم هنا عن اليم (سطح الماء) لأن لقاع البحر مسمى آخر وحكما آخر أعرض له فيما بعد . والاقويانوس — وهو المصطلح الذى اخترته للبحر العالى — هو تعريب للفظة الإفرنجية ocean — وربما كان العكس هو الصحيح . رقد كنت بين اعتماد ذلك المصطلح وبين تعبير البحر

المحيط لولا أنى رأيت أن البحر بأقسامه جميعا محيط باليابسة . ثم إن اللفظة "جنبية تستعمل عادة لما يقابل البحر الدالى .

ويوصف النظام القانونى للبحر العالى بأنه نظام حر ، غير أن تكييف هذه الحرية يثير جدلا بين الفقهاء . وقد مرت بدول العالم فترة من الزمن كانت فيها نهبا لفكرة تملك البحار ، الأمر الذى ينعكس فيما ورثناه من تسميات لبعض تلك البحار كالثقاة الانجليزية مثلا ، وذلك تثبتا لما تزعمه الدول من ملكية لبعض أجزاء منها ؛

ويعرف تاريخ القانون الدولى الجدل الذى حمى وطيسه بين جروسيوس — الفقيه الهولاندى — فى دفاعه عن حرية البحار ، وبين سلدن الفقيه البريطانى فى تشبته بفكرة إغلاق البحار على السيادة التى تدعيها ، ولكن مبدأ حرية البحار استطاع أن يحقق استقرارا قويا بعد حروب نابليون . وشاءت الأقدار أن يعرف ذلك المبدأ فى القرن التاسع عشر مكانه الثابت الوطيد بين قواعد قانون الشعوب لصالح التجارة والملاحة الدولية .

وقد جرت عادة الفقهاء فى بحث حرية البحر العالى على التساؤل عما إذا كان هذا البحر مالا مباحا أم مالا مشتركا . ولعل السليم هو أن المباح فى البحر العالى هو مباشرة الدول لاختصاصاتها فيه ، ذلك أن م ١٠١ من الاتفاقية تنص على أنه « لا يجوز لأية دولة أن تدعى إخضاع أى جزء من أعالي البحار لسيادتها » .

ويترتب على حرية البحر العالى تلك فئتان من الآثار :

(١) آثار سلبية تحرم على أية دولة أن تأتى فى البحر العالى أعمال سيادة أو تصرفات سلطة قبل سفن لا تحمل علمها ، وهذا مايسمى بمبدأ عدم التدخل .

(٢) آثار ايجابية تقرر حرية كل دولة فى أن تحصل من البحر العالى على ماتشاء من فوائد رهنا بعدم الإضرار بالمصالح المشروعة للدول الأخرى ، وهذا مايسمى بمبدأ المساواة فى الانتفاع .

أما عن مبدأ عدم التدخل فتعالجه م ٩٠ من اتفاقية مونتيجو بقولها « لكل دولة ساحلية كانت أو غير ساحلية الحق في تسيير سفن ترفع علمها في أعالي البحار » ويأذن فتفصيل الأثر السلبي لحرية البحر العالي إنما ينتج أساسا على مناقشة مركز السفينة في البحر العالي .

تتضمن الأعراف والوفقات الدولية بأن « تحدد كل دولة شروط منح جنسيتها للسفن وتسجيل السفن في إقليمها وللحق في رفع علمها وتكون للسفن جنسية الدولة التي يحق لها رفع علمها » ، (م ٩١ من الاتفاقية) . كما تقتضي بأن « تبهر السفينة تحت علم دولة واحدة وتكون خاضعة لولايتها الخالصة في أعالي البحار إلا في حالات استثنائية منصوص عليها في معاهدات دولية » (م ٩٢ من الاتفاقية) .

ولما كانت الدول متساوية في الحقوق ، الأمر الذي يقتضي عدم إخضاع دولة لقضاء دولة أخرى ، فإن السفينة الحربية أو التي تستخدم في مهمات حكومية غير تجارية ، لا تخضع لإشراف أو رقابة سفينة أخرى تحمل علما أجنبيا . ويذهب البعض في تبرير تلك الحصانة إلى أن السفينة العامة تعتبر جزءا عائما من إقليم الدولة التي تحمل علمها . وقد يكون الأصح في هذا هو أن السفينة وحدة عائمة تتبعها السلطة العامة لدولة العلم بصفة مستمرة وهي في البحر العالي .

إن حرية البحر العالي تعني كما أسلفت أن حق ممارسة السلطات الفعلية على السفينة في البحر العالي قاصر على دولة العلم ، لكن بالقول بالنسبة لاختصاص الدول قضائيا بنظر ما يحصل في البحر العالي ؟ إن الإجابة على هذا السؤال تثير جدلا طويلا ولذا فإننا أفضل أن أنهج نهج من يرى أنه لا توجد قاعدة تقصر الاختصاص على دولة العلم إذ يجوز أن تشاطر محاكم دول أخرى الاختصاص بنظر بعض ما يحصل من تصرفات جنائية في البحر العالي من تصرفات مع محاكم دولة العلم ، وهذا لا يفوت على حرية البحر العالي لأنه اختصاص يمارس على السفينة بعد أن تغادر البحر العالي .

أما التصرفات المدنية فأمرها متروك لما تجرى عليه الممارسة الدولية . فبالبلاد الأنجلوسكسونية مثلا تمنح ذاتها أوسع اختصاص في هذا السبيل فهي تعتبر أن وصول السفينة أو المدعى عليه إلى مياهها الوطنية (الساحلية أو الداخلية) مبرر لممارسة اختصاصها المحلي .

وأما عن مبدأ المساواة في الانتفاع فإن المادة ٨٧ من اتفاقية مونتيديو تعالجه فتقول إن هذا المبدأ يشتمل فيما يشتمل بالنسبة إلى كل الدول الساحلية وغير الساحلية على :

- أ — حرية الملاحة .
- ب — حرية التحليق .
- ج — حرية وضع الكابلات وخطوط الأنابيب المغمورة .
- د — حرية إقامة الجزر الاصطناعية وغيرها من المنشآت المسموح بها بموجب القانون :
- هـ — حرية صيد الأسماك .
- و — حرية البحث العلمي .

وتمارس هذه الحريات جميعا مع إيلاء المراعاة الواجبة لمصالح الدول الأخرى في ممارستها لحرية أعالي البحار ، وكذلك الاعتبار الواجب لما تنص عليه هذه الاتفاقية من حقوق فيما يتعلق بأوجه النشاط في المنطقة .

ومن ثم فإن المساواة في الانتفاع هي في حقيقتها المساواة في ممارسة حريات معينة . على أن هذا المبدأ قد ترد عليه قيود يمكن أن ألخصها فيما يلي :—
أ — قيود اتفاقية ، وهذه متروكة لما تقبله الدول فيما تبرمه من وفاقا ولذا فإنها قيود لا حصر لها .

ب — حق الملاحة أو المطاردة الحثيئة ، وقد تعرضت لهذا القيد عند الكلام على البحر الساحلي .

ج — المنطقة المتاخمة ، وهذه أيضا تناولتها بالدراسة فيما سلف .

د — حق الاقتراب ، وحق الزيارة والتفتيش .

هـ — حق الدفاع عن الذات ، ويمكن أن نضيف وسائل الإكراه السلمية .
و — المناورات البحرية ، وهذه قيود عامة لا تختص بالبحر العالى وحده بل
يمكن أن ترد في عنصر من عناصر إقليم الدولة (البحرى أو الفضائى أو
الأرضى) .

هذا فضلا على ما يحتمل أن يرتكب في البحر العالى من مخالفات مثل
القرصنة ، والتجارب الذرية ، وتلويث المياه (وقد أفردت بابا ملحقا في نهاية
هذا السفر يناقش قضية التلويث) .

واختار من بين حريات البحر العالى أن أعالج هنا حرية الصيد —
واستكمالا لما قدمت بشأن صيد الثروات الحية في البحر الوقف . أما الحريات
الآخري فعنوانها دليل عليها والتفصيل فيها يتجاوز العموميات التي كرست هذا
السفر لايضاحيها .

وأخذا بالغاية ذاتها لا يبقى لنا من القيود سوى حق الاقتراب وحق الزيارة
والتفتيش ، أما المخالفات فأختار أظهرها وهي جريمة القرصنة .

وتبعا فإني أعالج فيما يلي على التوالي :

(١) حرية الصيد . ويذهب فريق من الفقه إلى أن حرية الصيد ليست أثرا
من آثار حرية البحر العالى وإنما هي حرية مستقلة بذاتها ولذا ترى أن
بعض الدول — اثناء مناقشات اتفاقيات جنيف سنة ١٩٥٨ — تنكر
وجود أية علاقة قانونية بين حرية الصيد وحرية البحر .

(٢) حرية الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش .

(٣) جريمة القرصنة .

ولكننى أرجىء هذه المعالجة إلى مابعد مناقشة مدرك البحر العالى في النظرية
الإسلامية .

البحر الاوقيانوس في النظرية الإسلامية : تعريف وتحديد :

قدمت من قبل أن النظرية الإسلامية يمكن أن تجارى النظرية الغربية فيدا

تقره بالنسبة لامتداد المياه الوطنية (الداخلية والساحلية) والمنطقة الاقتصادية ، ولما كانت المساحات المائية للبحر العالى هى ما تبقى من البحر الملح بعد المياه الوطنية ومياه المنطقة الاقتصادية فإن تعريف الأوقيانوس فى النظرية الإسلامية . يمكن كذلك أن يتطابق مع تعريف البحر العالى من حيث أن الأوقيانوس هى مساحات البحر الملح بعد استبعاد المياه الداخلية والبحر الحريم والبحر الوقف ، وكذا المنطقة الحجاز والمياه الأرخيلية بداهة

أما فى شأن حرية الأوقيانوس فإن كتابات الفقهاء القدامى قد خلت من مناقشتها لأن أهميتها فى العلاقات الدولية لم تكن تمثل الخطورة التى تجذب اهتمام هذا الرعيل الأول من الفقهاء . ولكن الأمر بدأ يحتل أهمية فى الفكر الإسلامى المتأخر ، وانشغل الفقهاء بملكية الأوقيانوس — أو البحر الملح — واختلفت الآراء حول ما إذا كان الأوقيانوس يعتبر من دار الحرب أم من دار الإسلام أم انه بحر حر لا هو من ذاك ولا هو من تلك .

وأود قبل أن أعرض لهذا الخلاف أن أوضح بأن الفقهاء المسلمين استخدموا مصطلح البحر الملح فى جملهم لأن البحر الملح كان — وقت أن ثار هذا النقاش — يمثل مساحة واحدة متصلة من الناحيتين — القانونية والجغرافية — ولم تكن التقسيمات القانونية التى نعرفها اليوم قد ظهرت إلى عالم القانون وقتئذ . ولذا فإن الأحكام التى قدمتها بشأن ما استحدث على البحر الملح من أقسام هى اجتهادى الخاص ، وأما نقاش الفقه التقليدى للبحر الملح فهو إنما ينصرف إلى ما نطلق عليه اليوم البحر العالى (أو الأوقيانوس كما اخترت هنا) .

يقول ابن عابدين إن البحر الملح جزء من إقليم العدو شأنه شأن الصحراء التى لا يليها إقليم إسلامى ، وقد قال الحموى وأبو السعود بهذا رأى أيضا . ويروى الشرنبلالوى عن سراج الدين عمر بن على الكنانى — صاحب الهداية — أن الكنانى سئل عما إذا كان البحر الملح يعتبر جزءا من دار الإسلام أم من دار الحرب فأجاب بأنه ليس هذا ولا ذاك ، وإنما هو حر لأن أيا من الدارين لا هيمنة لنا عليه (رد المختار شرح الدار المختار لابن عابدين ج ٣ ، ص ٢٦٦ — ٢٦٧) .

ويقابل هذا رأى آخر يذهب إلى أن ما لا يدخل في دار الإسلام ولا في دار الحرب يجب أن يعد إقليما غير إسلامي ، ولذا فإن الحزب الملح يجب أن يعتبر إقليما غير إسلامي . ومن ثم فإن خروج رعية غير مسلم من رعايا الدولة الإسلامية إلى البحر الملح دون إذن يقطع رابطة الولاء التي تربطه بالدولة الإسلامية كما لو كان رعية لدولة غير إسلامية . وإذا عاد منه فإنه يعامل معاملة القادم الجديد ، وتفرض الرسوم الجمركية على متعلقاته .

وواضح مما سلف أن المعيار الذي وجه آراء الفقهاء المسلمين هي فكرة السيطرة على البحر فهم جميعا يرون أن هيمنة الدولة الإسلامية على البحر الملح (الأقيانوس) مستحيلة . بيد أن منهم من اعتبر عدم القدرة على الهيمنة مبرر لوصف الأوقيانوس بأنه من إقليم الأعداء ومنهم من اعتبرها مبررا لوصفه بأنه بحر حر .

والحق أن الخلاف بين الفقهاء المسلمين حول حرية الأوقيانوس يذكرنا بالخلاف المشهور الذي دار بين سلدن وجروسيوس حول تلك الحرية فالطرفان كان ديدنهم في تحديد طبيعة البحر هي السيطرة فمن اعتبر السيطرة ممكنة أغلق البحر وأخضعه لسيادة إقليم ما ومن اعتبر السيطرة غير ممكنة جعل البحر حرا .

ولكني أرجح — وسط هذا الجدل — رأى الكنانى وهو أن الأوقيانوس بحر حر ، وسندى في ذلك فهمى لبعض الآيات الكريمة . يقول تعالى « الله الذى سخر لكم البحر لتجرى الفلك فيه بأمره ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون » (الجاثية / ١٢) . ويقول سبحانه « وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون » (النحل / ١٤) . والآيتان واضحتان — في تقديرى — فى أن تسخير البحر يعنى هنا فتحه للجميع وليس انحصاره فى قوم دون قوم وإلا فكيف تجرى الفلك مواخر فيه وكيف تتوفر الفرصة للناس فى أن يأكلوا اللحم الطرى ويستخرجوا الحلية التى يلبسونها . إن الله لم يفضل فى هذه الآيات أناسا على أناس وإنما جعل الخطاب للعامة فدل على

أن التسخير للعامة ولا يكون التسخير للعامة إلا إذا تمتع الجميع بالانفتاح بالبحر على قدم المساواة . وإذا كنا قد أسلفنا أن من البحر اجزاءاً تختص بها كل دولة على حدة فما ذلك إلا لأن هناك اتفاق بين الدول. على ذلك ورضاء من الجميع بهذه المهادنة لمنافع البحر وإلا لما جاز لدولة أن تحتكر منافع جزء من البحر دون الأخرى . ومن ثم فإن الدولة التي تتجاوز الوفاقات الدولية أو الأعراف الدولية فيما يتبقى من منافع — ولم يكن لها سند مؤيد في النظرية الإسلامية — تكون معتدبة ولا يقر تصرفها . ومن هنا أقول مثلاً إن الجماعة الدولية قد استقرت اليوم على أن امتداد البحر الحريم هو ١٢ ميلاً من خط الأساس ، فلو أن دولة أرادت الامتداد ببحرها الحريم إلى أكثر من ذلك على الرغم من اعتراض الدول الأخرى فإن تجاوزها للحد المتفق عليه يعتبر في النظريتين — الإسلامية والغربية — اعتداء وظلماً يجب رفعه . أعود فأقول إن الأوقيانوس — في الرأي الذي اعتمده — من بين آراء الفقهاء المسلمين — هو بحر حر أو مباح .

والإباحة عند الأصوليين هي التخير بين فعل الشيء وتركه ، ويقول الشاطبي إن المباح عند الشارع هو التمييز بين الفعل وترك من غير مدح ولا ذم على الفعل ولا على الترك (الموافقات ج ١ ص ٦٨ — ٦٩) . وعرفها الشوكاني بأنها ما لا ضرر على فاعله وإن كان محظوراً ، فالإباحة على هذا وصف في الفعل يوجب عدم الضرر على فاعله وإن كان الترك محظوراً (ارشاد الفحول للشوكاني ج ١ ، ص ٦) .

أما الآمدى فقد عرفها بأنها ما دلّه الدليل السمعي — أى خطاب الشارع — بالتخير فيه بين الفعل وترك من غير بدل (الإحكام في أصول الأحكام للآمدى — ج ١ ، ص ٥٤) .

أما الإباحة عند الفقهاء فقد فسرّها العيني بأنها الإطلاق في مقابلة الحظر الذي هو المنع ، فيكون المباح على ذلك هو المطلق فعله في مقابلة المحظور (رمز الحقائق شرح كنز الدقائق — ج ٢ ص ٢١٥) .

١ إن هذه التعريفات تجتمع عند تعريف المباحات بأنها هي ما أباحه الله .
ومن أخذ بهذا الاتجاه من المتأخرين التعريف الذى قال به استاذى الشيخ على
الخفيف — رحمه الله — فهو يعرف المباح بأنه جميع ما خلقه الله تعالى فى
الأرض لينتفع به الناس ما لم يحزه أحد (راجع مقال فضيلته فى مجلة القانون
والاقتصاد ، العدد الأول من السنة العشرين ص ١٢٦) . وقريب منه تعريف
الاستاذ الدكتور محمد سلام مذكور فقد عرف المباح بأنه ما خلقه الله تعالى
لينتفع به الناس على وجه معتاد وليس فى حيازة أحد مع إمكان حيازته (أحكام
المعاملات الشرعية لمحمد سلام مذكور — مرجع سابق ، ص ٢٧) .

ولكنى أحبذ فى هذا المقام الأخذ باتجاه آخر يعرف المباح بأنه ما أذن فى
الانتفاع به أو استهلاكه أو ملكه سواء صدر الإذن من الشرع أو المالك .
وهذا هو الاتجاه الذى أخذ به الجرجاني فى تعريفاته فهو يقول إن الإباحة هي
الإذن بإتيان الفعل كيف يشاء الفاعل .

وللإباحة أقسام فى النظرية الإسلامية فهى تنقسم من حيث مصدرها إلى
قسمين :

١ — إباحة بإذن من الشارع بأن يدل عليها نص أو يقررها الفقهاء
باجتهادهم .

٢ — إباحة يأذن فيها الأفراد بعضهم للبعض الآخر .

وتنقسم من حيث متعلقها إلى قسمين كذلك :

١. — إباحة استهلاك تخول للمأذون حق استهلاك العين ومنافعها . . .

٢ — إباحة انتفاع وتكون بتسليط الإذن للمأذون له على الانتفاع بالعين على
الوجه الذى يراد منها دون أن يختص بالعين ذاتها .

والإباحة التى أعنيها فى خصوص الأوقيانوس إباحة مصدرها الشارع لأنها
نتيجة اجتهاد فقهي ومتعلقها إباحة انتفاع لأن الدول ليس لها حق اختصاص
بعين البحر . ومن ثم فهى تختلف عن الإباحة بمفهومها فى القانون المدنى حيث
المباح هو المال الذى لا مالك له ويجوز أن يتملكه أول واضح يد عليه .

إن الأوقيانوس محل ملكية مشتركة للدول ، ومن ثم فإن له مالكا وتبعاً فهو لا يخضع لقاعدة الملكية بالحيازة وإنما الذى يخضع لتلك القاعدة هى ما يحتوى عليه الأوقيانوس من ثروات وموارد .

والإباحة على النحر الذى انتهت اليه فى النظرية الإسلامية تنفتح مع الإباحة على التعريف الذى اخترته للإباحة فى النظرية الغربية ، أى انها إباحة انتفاع لأن المباح فى البحر العالى هو مباشرة الدول لاختصاصاتها .

أما والإباحة فى كل من النظريتين — الإسلامية والغربية — لها فى الرأى الذى أقره مفهوم متماثل ، فبدهى أن يترتب على الإباحة فى النظرية الإسلامية ما يترتب عليها فى النظرية الغربية ، أى انها ترتب أثارا سلبية تتمثل فى مبدأ الامتناع ، وأثارا ايجابية تتمثل فى مبدأ المساواة فى المنفعة . وأن تكون الآثار فى النظريتين ذات مضمون واحد وتطبيقات متشابهة . ومادام أن الحريات فى النظريتين واحدة والقيود واحدة والمخالفات يمكن أن تكون واحدة فإننى أتعرض لحكم مابقى من حريات وقيود وما اخترته من مخالفات فى كل من النظريتين معا .

أ — حرية الصيد :

يذهب فريق من الفقه إلى أن حرية الصيد ليست من آثار حرية البحر العالى وإنما هى حرية مستقلة بذاتها . ولذا نجد أن بعض دول آسيا وأمريكا اللاتينية — أثناء المناقشات التى دارت فى جنيف سنة ١٩٥٨ — تنكر كما ذكرت قيام علاقة قانونية بين حرية الصيد وحرية البحر . وفى تقديرى أن هذا هو مقتضى النظرية الإسلامية لأن السمك فى النظرية هو — كما أسلفت من الصيد المباح يملك بالسبق إليه . وتبعاً فإن حرية الصيد فى النظرية الإسلامية هى — كما ذهب هذا الفريق من الفقه — حرية مستقلة بذاتها وليست حرية مرتبطة بأن السمك موجود فى بحر مباح .

وبدهى أن إباحة الصيد يمكن أن تتعارض مع ضرورة الحفاظ على الثروة

الأحيائية البحرية كى لا تستنفد ، ولذا كان لزاما للتوفيق بين الضرورتين من أن نضع ضوابط لممارسة حرية الصيد . وانطلاقا من هذه الحاجة راح الفقه الغربى يصوغ نظريات متعددة لتقويم تلك الحاجة .

فهناك نظرية الامتناع التى تقضى بأن الدول التى لا تستثمر الثروة السمكية فى نطاق محدد من البحر العالى أو تستثمرها بطريقة عرضية بأن تمتنع عن ذلك إذا ما بلغت قدرا معيناً من الاستثمار طبقا لتنظيم يحفظ تلك الثروة وذلك بغرض توفير الظروف لتلك الثروة — قبل أن تشرف على النفاد — كى تتكاثر من جديد . وعلى الرغم من النتائج الطيبة التى حققها مبدأ الامتناع فإنه لم يحظ بمباركة العديد من الدول فى مؤتمر جنيف بمقولة إنه يعارض مصالح الدول النامية والتى تريد أن تستمر على استثمار مناطق تستثمرها وحدها فعلا منذ وقت سالف ، ولذا رؤى التوفيق بين المؤيدين والمعارضين وكان الحل فيما قضت به المادة ٥/ من اتفاقية جنيف سنة ١٩٥٨ الخاصة بالمصايد وحفظ الثروة الحية إذ قررت أنه على الرغم من أن لرعايا كافة الدول حق الصيد فى البحر العالى فإن على الدول حديثة النشأة أن تتماشى بمقتضى النظم الموضوعية فى أماكن كانت محل تنظيم سابق وإلا فعليها — إذا لم تتفق على وسيلة سلمية أخرى — أن تلجأ إلى اللجنة الخارجية التى تشكل طبقا للمادة التاسعة من الاتفاقية .

ولكن المادة ١١٩ من اتفاقية مونتيجو جاءت أكثر توفيقا فقد جمعت بين النظريتين فى توازن أفضل ، وتنص على مايلى :

« ١ — على الدول — فى تحديد لها لكمية الصيد المسموح بها ووضعها غير ذلك من تدابير حفظ الموارد الحية فى أعالي البحار أن « أ — تتخذ تدابير تهدف ، على أساس أفضل الأدلة العلمية المتوفرة للدول المعنية ، إلى صون أرصدة الانواع المجتناة أو تجديدها ، بمستويات يمكن أن تدر أقصى غلة قابلة للدوام كما تعينها العوامل البيئية والاقتصادية ذات الصلة ، بما فيها الاحتياجات الخاصة للدول النامية ، ومع مراعاة أنماط الصيد والترابط بين السلاسل

السمكية وأية معايير دولية للحد الأدنى موصى بها بوجه عام سواء على الصعيد دون الإقليمي أو الإقليمي أو العالمي .

ب — تضع في اعتبارها ما يترتب على ذلك من الآثار في الأنواع المرتبطة المجتناة أو المعتمدة عليها بقصد صون أو تجديد أرصدة الأنواع المرتبطة أو المعتمدة بمستويات أعلى من المستويات التي يمكن أن يصبح فيها تكاثرها مهددا بصورة جدية .

٢ — يتم بصورة منتظمة تقديم وتبادل ما هو متوافر من المعلومات العلمية والإحصائيات عن كمية الصيد ومجهوده وغير ذلك من البيانات المتصلة بحفظ الأرصدة السمكية ، عن طريق (المنظمات) الدولية المختصة سواء كانت دون إقليمية أو إقليمية أو عالمية ، حيثما يقتضى الحال ذلك ، وباشتراك كافة الدول المعنية .

٣ — تضمن الدول المعنية أن لا تميز تدابير الحفظ وتنفيذها ، قانونا أو فعلا ، ضد مبادئ أية دولة .

وإزاء الاعتراض الذى وجه لنظرية الامتناع لجأت عصبة من الفقهاء إلى جدل ذى منطق اقتصادى لتحديد حرية الصيد وذلك بمنع صيد أنواع من السمك فى مواسم معينة من السنة إذ قد يبدو ذلك لازما لمنع تكديس السمك فى الأسواق وانخفاض أسعاره ، وقد عرف هذا الاتجاه بنظرية الضرورة الاقتصادية .

ويطول بى المقام لو أننى نحيث منحى التفصيل فى الأحكام الخاصة بصيانة الثروة السمكية فى الأوقيانوس ، ولذا أكتفى بما قدمت كإشارة إلى أهمية تلك الثروة وإعلام بما تبذله الدول لحمايتها . وأضيف أن أيا من النظريتين السابقتين — الامتناع والضرورة الاقتصادية — وغيرها مما قد يسفر عنه الاجتهاد أو تتوصل إليه الدول فى اتفاقات تنائية أو جماعية يمكن أن تندرج ضمن النظرية الإسلامية تحت مبدأ « لا ضرر ولا ضرار » لأن التوازن بين الحفاظ على الثروة وإباحة الصيد حرا ليس إلا سعيًا نحو تحقيق الصالح للجماعة

الدولية رتبت الصالح الخاضع للدول فرادى في نطاق مالا يرتب ضررا أو
يتسبب بضرار .

ب - حق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش :

حق الاقتراب - أو كما يسميه البعض الاستطلاع أو التحقق من العلم -
هو الحق الذي يخول للسفن الحربية في البحر العالي بأن تقترب فحسب من
السفن الخاصة التي تعبر ذلك البحر وتطلب إليها أن ترفع علمها للتحقق من
جنسيتها . ولذا فهو يقيم اتصالا فعليا بين السفينة الحربية والسفينة الخاصة ،
وللسفينة الخاصة الحق في الامتناع عن الاستجابة لأي تحقيق تريد السفينة
الحربية إجراؤه . وكل السفينة الحربية إذا لاحظت وجود مخالفات أن تخطر
السلطات المحلية لتقوم هذه بدرورها باخطار السلطات الوطنية التي تتعنها
السفينة الخاصة بغية أن تقوم الأخيرة باتخاذ اللازم نحو ما ارتكبه السفينة الخاصة
من مخالفات . وقد فقد هذا الحق الكثير من أهميته اليوم بعد أن جهزت السفن
باللاسلكي ، ولذلك نجد أن الاتفاقيات الحديثة تولي أهمية أكبر لحق الزيارة
والتفتيش .

وحق الزيارة والتفتيش - كما عرفته اتفاقية . مونتيجو في م ١١٠ - هو حق
السفينة الحربية في أن تتفقد سفينة خاصة أجنبية إذا توافرت لديها أسباب
مقبولة للاشتباه في أن السفينة :

أ - تعمل في القرصنة .

ب - أو تعمل في تجارة الرقيق .

ج - أو تعمل في البث الإذاعي غير المصرح به .

د - أو بدون جنسية .

هـ - أو على الرغم من رفعها لعلم أجنبي أو رفضها إظهار علمها هي في
الواقع من جنسية السفينة الحربية ذاتها .

وفي هذه الحالة يجوز للسفينة الحربية أن ترسل زورقا تحت قيادة أحد
الضباط إلى السفينة المشتبه فيها . وإذا بقيت الشبهة بعد تدقيق الوثائق ، جاز لها

أن تشرع في المزيد من الفحص على ظهر السفينة ، وينبغي أن يتم ذلك بكل ما يمكن من المراعاة .

ويجوز تعويض السفينة الخاصة عن أية خسائر أو أضرار تكون قد تكبدتها إذا ثبت أن الشبهات لم يكن لها أساس بشرط ألا تكون السفينة المتفقدة قد ارتكبت ما يبرر تلك الشبهات .

وقد اكتفت اتفاقية مونتيجو في تسمية هذا الحق باطلاق مسمى حق الزيارة فقط عليه ، ولكن الغالب في الفقه هو أن يذكر تحت مسمى « حق الزيارة والتفتيش » . والحق أن إضافة التفتيش هو تفصيل يوضح الحق فلا ضرر من ذكره .

إن النظرية الإسلامية لحق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش تنطلق من مبدأ أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، والواجب هذا هو تأمين الملاحة البحرية في الأوقيانوس . وحق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش هو نوع من العسس البحري الذي يتغيا توفير الأمن في أعالي البحار . فكما أن الشرطة ضرورة في المجتمع الداخلي فهي أيضا واجب في المجتمع الدولي في الأماكن المفتوحة للدول جميعا والتي يباح لكل منها أن تنتفع بها على قدم المساواة مع الأخرى . وقد شهدنا أن ممارسة هذا الحق على نحو غير مشروع أو بطريقة تعسفية تخول السفينة المتضررة أن تطالب بتعويضها عما أصابها من أضرار أو خسارة ، وهذا بدوره تطبيق لمبدأ أنه لا ضرر ولا ضرار .

ومن ثم فإن حق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش بكافة التفاصيل التي يمارس بها هذا الحق — طبقا لاتفاقية مونتيجو — هو من الحقوق التي يمكن أن تبناها النظرية الإسلامية لأنها تحقق غرضا رئيسا من مقاصد الدولة في الشريعة الإسلامية وهو الأمن . وهكذا نجد أنفسنا أمام قضية أخرى من قضايا القانون الدولي التي تتكامل فيها النظريتان — الإسلامية والغربية — تكاملا يكاد يكون مطلقا من حيث أصل الحق وشروط ممارسته وآثاره .

ج - القرصنة :

القرصنة جريمة بحرية جرت الدول على محاربتها حتى استقر في ذلك عرف دولي يعتبر أن القرصان عدو للجنس البشري . والواقع أن الفقه المعاصر لم يتفق على تعريف موحد للقرصنة ، وقد يكون مرجع ذلك هي صعوبة وضع تعريف جامع مانع للقرصنة وقد تعرضت اتفاقية مونتيجو في المادة ١٠١ منها لتعريف القرصنة فقالت « أى عمل من الأعمال التالية يشكل قرصنة :

« (أ) أى عمل غير قانوني من أعمال العنف أو الاحتجاز أو أى عمل سلب يرتكب لأغراض خاصة من قبل طاقم أو ركاب سفينة خاصة أو طائرة خاصة ويكون موجبا :

- (١) في أعالي البحار ضد سفينة أو طائرة أخرى أو ضد أشخاص أو ممتلكات على ظهر تلك السفينة أو على متن تلك الطائرة .
- (٢) ضد سفينة أو طائرة أو أشخاص أو ممتلكات في مكان يقع خارج ولاية اية دولة .

« (ب) أى عمل من أعمال الاشتراك الطوعي في تشغيل سفينة أو طائرة مع العلم بوقائع تضي على تلك السفينة أو الطائرة صفة القرصنة .

(ج) أى عمل يخرض على ارتكاب أحد الأعمال الموضوعة في إحدى الفقرتين الفرعيتين (أ) أو (ب) أو يسهل عن عمد ارتكابها .

فإذا ارتكبت أعمال القرصنة — المعرفة أعلاه — سفينة حربية أو سفينة حكومية أو طائرة حكومية تترد طاقمها واستولى على زمام السفينة أو الطائرة ، اعتبرت هذه الاعمال كالأعمال التي ترتكبها سفينة أو طائرة خاصة .

ويبين من التعريف السالف أن أركان القرصنة هي :

- ١ — عمل غير قانوني (عنف أو سلب أو احتجاز) .
- ٢ — يرتكبه أفراد طاقم أو ركاب سفينة أو طائرة .
- ٣ — ضد سفينة أو طائرة أو أشخاص أو ممتلكات على ظهر السفينة أو على متن الطائرة ، ومن ثم فإن ارتكاب اعمال عنف ضد أشخاص في

عرض البحر ولكنهم ليسوا على ظهر سفينة أو طائرة أو ضد ممتلكات لا تنقلها سفينة أو طائرة لا يعتبر عملا من أعمال القرصنة .

٤ — أن يقع ذلك في أعالي البحار أو في أى مكان خارج ولاية أية دولة . مع ملاحظة أن الفعل إذا وقع في مكان لا سند له لا يشترط فيه ان يكون سفينة أو طائرة أخرى ، وتبعا فان العصيان الذى يقوم به افراد طاقم في منطقة لا سيد لها يعتبر عملا من أعمال القرصنة .

ولما كانت القرصنة جريمة ضد البشرية جمعاء ، فقد أجازت المادة / ١٠٥ من اتفاقية مونتيجو « لكل دولة في أعالي البحار ، أو في مكان آخر خارج ولاية أية دولة ، أن تضبط أية سفينة أو طائرة قرصنة ، أو أية سفينة أو طائرة أخذت بطريق القرصنة وكانت واقعة تحت سيطرة القرصنة ، وأن تقبض على من فيها من الأشخاص وتضبط مافيا من الممتلكات . ولحاكم الدولة التى قامت بعملية الضبط أن تقرر مايفرض من عقوبات ، كما أن لها أن تحدد الإجراء الذى يتخذ بشأن السفن أو الطائرات أو الممتلكات ، مع مراعاة حقوق الغير من المتصرفين بحسن نية ، فإذا ثبتت الإدانة فإن عقوبة القرصان تكون عادة قاسية وقد تصل إلى حد الإعدام — في البلاد التى يميز قانونها ذلك — هذا فضلا على مصادرة السفينة أو الطائرة التى استخدمت في أعمال القرصنة وماعليها من أموال .

أما إذا كان الضبط دون مبررات كافية « تتحمل الدولة التى قامت بعملية الضبط ، إزاء الدولة التى تحمل السفينة أو الطائرة جنسيتها ، مسئولية أية خسائر أو أضرار يسببها هذا الضبط » (م ١٠٦ من اتفاقية مونتيجو) .

والآن ماقول النظرية الإسلامية في جريمة القرصنة ؟

يقول تعالى « وله الجوار المنشئات في البحر كالأعلام » (الرحمن / ٢٤) . إن نسبة الجوار في هذه الآية الكريمة إلى الرحمن وهى في البحر — وعلى شاكلتها الطائرة من باب القياس — قد يفهم منها أن الإنسان أجراها في البحر بعلم من لدن الله ، ولكن يفهم منها أيضا — فيما أرى — أن —

السفن في البحر هو من الأمور التي ترعاها العناية الإلهية وتعتبرها منحة ربانية يجب عدم جحودها أو حرمان الناس منها . ومن ثم فإن التعرض للسفينة الجارية — أو الطائفة السارية — هو تعطيل لقدرة من الله بها على عباده وجعل الاستفادة منها تحت رقابته .

وفي قصة موسى مع العبد العالم يقول موسى للعبد العالم بعد أن خرق العبد السفينة « أخرقتها لتغرق أهلها لقد جئت شيئا إمرا » (الكهف / ٧١) وهذا يفيد أن إعاقة السفينة عن استكمال رحلتها البحرية تعد شيئا إمرا أى شيئا عجيبا منكرا..

وقد يكفى هذا لاقول بأن التعرض للسفينة في عرض البحر يعتبر جريمة يعاقب عليها تعزيزا بما يراه إمام المسلمين أو بما تتفق عليه الدول المعنية . ولكن النظرية الإسلامية تعرف جريمة أوسع شمولاً وأعم إحاطة ، ناقشها الفقهاء المسلمون بتفصيل كاف يوضح أركانها ويحدد العقوبة عليها . تلك هي جريمة الخرابة التي جاء ذكرها وحكمها في الآية الكريمة « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » (المائدة / ٣٣) . تلك هي الجريمة التي أرى أن أحكامها تطبق مقابل جريمة القرصنة في النظرية الغربية .

تتكلم الآية عن المحاربين « وهو جمع محارب اسم فاعل من حارب يحارب من الحرب . قال ابن فارس الحرب اشتقاقها من الحرب بفتح الراء وهو مصدر حرب ماله أى سلب والحرب : المحروب وهم قطاع الطريق أى المكلفون بالالتزام من مسلم وذمى ولو أنشئ لأنها تقطع في السرقة فلزمها حكم المحاربة كالرجل » (البهوتي — كشف القناع ، مطبعة انصار السنة المحمدية ، ١٣٦٦ هـ — ١٩٤٧ م ، ج ٦ ، ص ١٢١) .

والمحاربون هم الذين يعرضون للناس بالسلاح في الطريق فيغصبونهم المال

مجاهرة . ويشترط البعض لارتكاب الجريمة أن تكون في الصحراء (علاء الدين المرداوى — الإنصاف ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٧ م ، ج ١٠ ، ص ٢٩١) . بيد أن الصحراء في هذا الرأى هى فى مفهومى إشارة للطريق إذ المقصود هو أن يرتكب الفعل فى مكان بعيد عن العمران . ولذا فإن الطريق سواء كانت برية أم بحرية أم جوية فإن قطعها هو حراية ويستحق فاعلها عقوبة الحراية كما أوضح فى السطور التالية . وتبعاً فإن جريمة الحراية على الأشهر فى قول الفقهاء لا يتوفر ركنها إذا ارتكب الفعل فى البنيان . وقال ابو بكر حكم المصر والصحراء واحد . وقيل حكم المصر وحكم الصحراء واحد إن لم يُغث .

والأظهر فى قول الفقهاء أن يتسلح الفاعل بسلاح ما ولو كان عصا أو حجراً ولكن البعض لا يشترط السلاح « قال فى البلغة وغيرها ولو غصبوهم بأيديهم من غير سلاح كانوا من قطاع الطريق » (الإنصاف — المرجع السابق ، ص ٢٩١) .

«إن كل من قطع السبيل وأخافها وسعى فى الأرض فساداً بأخذ المال واستباحة الدماء وإتيان ما حرم الله تعالى من المحرمات فهو محارب داخل تحت حكم الله عز وجل فى المحاربين الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً سواء كان مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً وسواء وصل إلى ما أراد من أخذ الأموال والقتل أم لم يصل » (القرطبى كتاب الكافى فقه أهل المدينة المالكية ، الرياض ، ١٩٧٨ م — ١٣٩٨ هـ ، ج ٢ ، ص ١٠٨٧) . وهكذا فإن كل من يقطع السبيل أو يخفيها — دون أن ينحصر فى تصورات معينة كاشتراط أن يكون مثلاً من سفينة ضد سفينة — يعتبر من المحاربين . ومن ثم فإن الركن المادى فى جريمة الحراية الإسلامية أشمل وأوسع من الركن المادى فى جريمة القرصنة الغربية إذ يكفى فى الحراية أن يكون الفعل قطعاً للسبيل أو إخافة له على أى صورة كان الفعل مادام أنه قد أسفر عن القطع أو الإخافة فى حين أن الفعل لا يعتبر قرصنة إلا إذا كان مرتكبه سفينة أو طائرة ضد سفينة أو طائرة

أخرى . والطريق هنا يستوى فيه — كما قدمت — أن يكون برياً أو بحرياً ،
فقد صرح الفقهاء المسلمون بأن قطع الطريق البحري يعتبر — كقطع الطريق
البري — حراًبة .

ولابد أن يتوافر في الجريمة قصد جنائي هو نية القطع أو الإخافة . ولذا
فإن من يقتل رجلاً لدخل أو عداوة على غير مال فليس بمحارب وأرى أن
القياس على ذلك يؤدي إلى القول بأن من يقتل لاعتبارات سياسية — أى من
يرتكب جريمة سياسية — لا يعتبر محارباً في حكم النظرية الإسلامية ، ولكن يجوز
أن يكون عليه القصاص ولولى المقتول العفو عنه إن شاء . والجريمة — كما
هو واضح من النص الذى نقلته — يعاقب عليها سواء تمت أو كانت
شروعاً . وعقاب الفاعل الأصلي كعقاب الشريك ولذا يقول الفقهاء
« وحكم الردء حكم المباشر » .

وإذا كانت الجريمة قد تضمنت القتل فإنه لا يجوز فيها لأحد من أولياء
المقتول وذلك تعظيماً للجرم وتشديداً في العقوبة . والعقوبات التى توقع على
المجرم هى — كما ورد فى صريح نص الآية — القتل والصلب والتقطيع والنفى ،
وذلك خزى الدنيا أما عذابه فى الآخرة فعظيم . والعقوبة هنا تتعدد على صور
مختلفة أدناها النفى من الأرض وأقساها القتل . وتعداد العقوبة على هذا
النحو — فضلاً عما فيه من عبقرية توزع العقوبة توزيعاً يتناسب مع الفعل —
يحدد بصورة واضحة أى العقوبات التى يمكن أن تطبق على خلاف النظرية
الغربية التى تركت أمر العقوبة للتشريعات الداخلية التى قد تتغاير من دولة إلى
دولة بما قد يترتب عليه من عدم تحقيق العدالة حيث يجوز أن تكون العقوبة عن
الفعل ذاته هزيلة فى دولة وقاسية فى أخرى . بيد أن جريمتى الحرابية
والقرصنة يشتركان فى أن الغرض منهما — أى القصد الجنائي الخاص منهما —
هو قطع الطريق البحري أو البري أو إخافته ..

وبدهى أن مصادرة أدوات الجريمة والأموال التى جرى الاستيلاء عليها عن
طريق الجريمة عقوبة تكميلية تضاف إلى العقوبة الواردة فى الآية الكريمة

وما يوجد بأيدي المحارب يصرف إلى صاحبه . أما تبعة المحارب فيما استهلك فيفرق فيها بين المحارب المعسر ، وهذا لا تبعة عليه ، وبين المحارب الموسر وهذا يتحمل تبعة ما استهلكه . ويجوز للمجنى عليه في جريمة الخرابة أن يدفع الجريمة عنه بأن يناشد الجاني أولا — إلا أن يعجله عن ذلك — فإن أئى الكف عنه قاتله فإن قتله فدمه هدر ولا شىء فيه عليه ، وإن قُتل فيو شهيد (القرطبي ، المرجع السابق ، ص ١٠٨٩) ، وفي هذا أيضا تشترك جريمة القرصنة مع جريمة الخرابة .

ويختلف الفقهاء في كيفية تطبيق العقوبات وأى الأفعال يطبق عليها أى العقوبات ، وهل يقتل إن قتل من لا يكافئه كولدو والعبد والذمى . ولكن القضية التى اختصها في هذا المقام بالاشارة هى من تاب منهم قبل القدرة عليه : هل تسقط عنه حدود الله من الصلب والقطع والنفى وانحتمام القتل ؟ . هناك رأى يذهب إلى أن الحدود تسقط عنه لأن الله تعالى يقول « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » (المائدة / ٣٤) فقد قال ابن عباس وآخرون إن هذه الآية نزلت في قطاع الطريق لأنها عائدة عليهم . ولكن أصحاب هذا الاتجاه ينتسمون إلى فريقين .

أ — فريق يرى أن الجريمة التى تقبل فيها التوبة يجب أن تقع في أرض الشرك أى بغير أرض أهل الإسلام ، فارتكاب الجريمة في غير دار الإسلام لا يكون مقدورا عليه أما من هو في دار الإسلام فتأخذه الأحكام وتستولى عليه القدرة .

ب — وفريق يرى أن الحكم ينطبق أيضا على الجريمة التى ترتكب في دار الإسلام لأن الذى يقدر عليه يكون بين المسلمين ، فأما إذا صار إلى منعة فلا تنفق القدرة عليه إلا بجر جيش أو نفير قوم فلا يقال إنا قادرون عليه .

والرأى عندى أن وضع معيار جامد للقدرة قول يفتقر إلى وجاهة المنطق وسلامة الحجة . فالقدرة مسألة ظرفية تقوم في كل حالة بحالتها وتقاس

وقائعها ، وتبعاً فلا مجال لأن يكون محل وقوع الجريمة من حيث أنه دار إسلام
أو دار شرك ركناً من أركان الجريمة . وقد جاءت الآية غفلاً من ألفاظ أو
إكيب يمكن أن تركزى التعويل على هذه التفرقة المصطنعة .

أما أن الآية تعالج توبة المحاررين فهذا أمر لا استسيغ قول القائلين به لأنه
يفتح باباً ميسراً أمام فئة من المجرمين العتاة لإتيان فعلتهم الشنعاء ثم التنصل من
معقباتها والخلوص من عقابها — وهو عقاب فادح لعظم الجرم — لمجرد أن
المجرم قد تاب قبل القبض عليه . ومثل هذا القول لا يمكن أن يكون محل تقدير
معاصر من الجماعة الدولية التى تش تباعاً من عدوان القراصنة والإرهابيين
وتتجدد أحزانها كل يوم بما يقع من ظلم وحيث بالابرياء . وكيف تكون التوبة
بلفظة . الواقع أن فهم الفقهاء القدامى للآية قد تأثر بالظروف الحياتية التى
عايشوها فى زمانهم وعلى هدى من تلك الظروف فسروا المقصود بالقدرة .
لقد كانت رحلة الحجيج من مصر — وهى على الشاطئ المقابل لبحر صغير
هو البحر الأحمر — تستغرق إلى وقت قريب عدة أشهر . وكانت الرحلة
محفوفة بالمشقة والمخاطر حتى أن المقبل على الحج كان يستودع أهله الله وقت أن
يبدأ رحلته ، فما بال الأمر لو أننا تكلمنا عن أماكن فى الشرق الأقصى أو فى
أوروبا أو مجاهل إفريقيا . وإذن فقدرة الدولة على قطاع الطرق الذين يرتكبون
فعلتهم كانت تضعف على نحو مضطرب مع بعد المكان الذى تقع فيه الجريمة ومع
هذا البعد وضعف الاتصالات وتبعاً عدم تأثر مجتمع الدولة على نحو
محسوس — بمثل هذه الأفعال ، كل ذلك كان يقلل من خطورة الجريمة من
حيث أساسها بأمن الدولة واستقرار مواطنيها ولم يكن من الميسور بسبب
بدائية وسائل النقل والاتصال — أن تبطش الدولة بقرصان يجوب المحيطات
حيث لا رهبة للدولة ولا سلطان . فلا عجب أن نجد بعض الدول الغربية —
وإلى قرون غير بعيدة — كانت تهادن هؤلاء القراصنة وتتقاسم الغنائم معهم
بدلاً من أن ترهق ذاتها بمحاربتهم فتخسر دون جدوى . ولذا نقرأ فى التاريخ
الدبلوماسى أن كثيراً من الدول كانت تمنح براءات لبعض القراصنة تبارك بها
عدوانهم وتتقاضى مقابل ذلك حصة من أسلابهم . وفى مثل هذه الظروف

يكون العفو والتوبة التي جاءت بها الآية الكريمة أكثر فعالية من التهديد بالعقاب وأقرب إلى تشجيع المحارب عن الإقلاع عن جرائمه . فلما سنخرت التقانة الحديثة للدول وسائل الاتصال ويسرت سبل الانتقال وأصبح العالم بفضل الرادار واللاسلكي بل والإلكترون — كانه علبة صغيرة تدار وتوفرت لدى الدول بذلك القدرة على أن تسيطر على البحار من أقصاها إلى اقصاها ولم تعد هناك أداة من أدوات الانتقال بمنأى عن بطش الدولة وهيمنتها ولا فرق كبير في تحقيق ذلك بين واسطة نقل تعمل في أقصى الأرض وواسطة نقل تعمل في إقليم الدولة . إن هذا التقدم العلمي المبدع وذلك الواقع الدولي المذهل الذي لم يكن في رؤى فقهاء القرون الأولى . للهجرة هو الخلفية التي يجب أن نستند إليها ونحن نفسر مفهوم « القدرة » في الآية الكريمة إذا نحن سائرنا الرأي الذي ينسب آية التوبة إلى العقوبة بالنسبة للمحاربين لأن القدرة هي الطاقة والقوة على الشيء والتمكن منه . وتبعاً فإن القدرة أصبحت اليوم ممكنة بالنسبة لقطاع الطريق أيا كان مكان ارتكاب الجريمة . ومن ثم فإنه ليس متصوراً في عصر التقانة الحديثة أن يتوب محارب وتثبت توبته قبل أن تقدر عليه دولته أو دولة غير دولته . أما إذا أصبحت التوبة قبل فرضها خيالاً فقد سقطت التفرقة بين توبة المسلم وتوبة الكافر ولم يعد هناك محل لأن نناقش مفهوم التوبة أساساً بعد أن تخلفت شروط تطبيقها حتى على قول من يرون أن آية التوبة عائدة إلى آية الحراة . والامر كذلك بالنسبة لما يرتكب من جرائم في أية بقعة من اليابسة أو أية منطقة من النطاق الجوى أو البحرى . فما بال الأمر وهناك اتجاهات ترى في آية التوبة رأياً آخر :

- ١ — فهناك رأى بأن الآية نزلت في أهل الكتاب الذين نقضوا العهد وأخافوا السبيل وأفسدوا في الأرض فخير الله نبيه فيهم .
- ٢ — ورأى آخر بأنها نزلت في عكّل وعُرنّيه قدم منهم نفر على رسول الله ﷺ المدينة وتكلموا بالإسلام فأمر لهم الرسول بزؤذ ورايع وأمرهم أن يخرجوا فيه فانطلقوا حتى إذا كانوا بناحية الحرة كفروا بعد إسلامهم وقتلوا راعى النبي ﷺ واستاقوا الزود فبلغ ذلك النبي فبعث في إثرهم

فأمر بهم فسملوا أعينهم وقطعوا أيديهم وتركوا في ناحية الحرة حتى ماتوا .

والقائلون بهذا يذهب فريق منهم إلى أن الآية نزلت في شأنهم ويذهب فريق آخر إلى أنها جاءت ناسخة لما فعل بهم (ابن العربى — احكام القرآن ، تحقيق محمد على البجاوى ، القاهرة ، ١٣٧٦ هـ — ١٩٥٧ م ، ص ٥١١ — ٦٠١) .

واذن فنحن بين أن نعتد القول الأول وننتهى فيه إلى أنه لم يعد هناك مجال لتطبيق قاعدة العفو وإما أن ننتهى إلى الأقوال التى تفصل بين آية التوبة وآية الحراة ومن ثم فلا يكون هناك مجال لتطبيقها على المحاررين . وإذن فالمحاربون فى الحالين ليسوا بمنجاة من العقوبة .

هذا عن التوبة أما عن تقادم الجريمة وسقوطها ففى ذلك تفصيل أحيل فيه إلى مراجعه (انظر على سبيل المثال عوض محمد عوض — تقادم الحدود فى التشريع الليبى) .

الفصل الثالث

فى

قانون الفضاء

تعريف وتحديد : الفضاء الجوى والفضاء الكونى فى النظرية المعاصرة :

لم يستقطب انجال الجوى اهتمام الفقه الأولى إلا بعد أن تبدت خطورته العسكرية على الدول إثر استخدام البالون فى الحرب الفرنسية الروسية . فقد كان جمهور النشءاء — إلى ذلك الرقت — على أن المراء حر وليس لأى دولة حق استكار . فلما استشعرت الدول أهمية المجال الجوى على أنها بدأت قضية وضع نظام قانونى يحكم النطاق الجوى تشغل بال الدول ، وازداد الحماس لذلك بعد أن تمكن بلريو Blériot من عبور المانش سنة ١٩١٠ ، فانخرطت فى مؤتمر عقد بباريس فى العام ذاته ولكنه لم يسفر عن اتفاق وظل الأمر على هذا الحال إلى سنة ١٩١٩ عندما وقع أول وفاق دولى بشأن الملاحة الجوية . ولكن تطور النقل الجوى تخطى احتمالات ذلك الوفاق مما دعى إلى عقد مؤتمر شيكاغو فى نهاية سنة ١٩٤٢ ، وأسفر بعد عامين عن وفاق عرف باسم المدينة (شيكاغو) . هذا إلى جانب المعاهدات الثنائية والإقليمية التى انتشر أمرها .

وقد بدأ الفقهاء دراساتهم لمشاكل المجال الجوى مبتيأسين بقانون البحر ، إذ كانت انطباعاتهم الأولى هى أن الجو — قياسا على البحر — يجب أن يكون حرا بعد ارتفاع معين — قدر بألف وخمسمائة متر على نمط البحر الساحلى . ولكن نظرية المجال الجوى الإقليمى لم تلق تأييد الكثيرين . بيد أن الآراء — على اختلافها — كانت تدور حول فكرة مشتركة هى تبعية الفضاء للأقليم البرى والبحرى للدولة ، ومن ثم فإن التصرف فى إقليم الدولة يتضمن التصرف فى عناصره الثلاثة : البر والبحر والجو .

ويمكن استنادا إلى وفاق شيكاغو أن نقول إن الحدود الأفقية للنطاق الجوى ليست محل خلاف جدى لأن الوفاق يقرر سيادة كاملة خالصة للدولة على النطاق الجوى الذى يعلو إقليمها . أما المدى الرأسى للنطاق الجوى فهو لا زال محل خلاف ، وقد تعددت فيه النظريات . ويمكن أن أخص تلك النظريات فيما يلى :-

١- نظرية الارتفاع الانفرادى فى السماء ، ومؤداها أن للدولة أن تمارس سيادة خالصة على النطاق الجوى الذى يعلو إقليمها إلى مالا نهاية ، أى إلى ارتفاع غير محدود ، وبدهى أن هذا الحق الاستثنائى يجب أن يمارس بحسن نية إذ لا يجوز أن تغلق إقليمها الجوى دون المجالات الاضطرارية ، كاضطرار الطائرة الأجنبية لأن تمر فى الإقليم الجوى للدولة أو أن تنهبط عنوة فى إقليمها . بيد أن هذه النظرية قد تخدم أمن الدولة ولكنها لا تخدم التطور السلمى للملاحة الجوية فى تعزيز المصالح المشتركة الاقتصادية والتجارية والسياحية . ومع ذلك فقد كتبت الغلبة لتلك النظرية لا سيما وأن عبارة وفاق باريس وشيكاغو توحي بأن حق الدولة يمتد إلى السماء دون تحديد .

٢ - الحرية المطلقة للفضاء الجوى ، وهذه النظرية تقابل وتعارض النظرية السالفة ولكنها لم تعد تلقى قبولا كثيرا بعد أن أحست الجماعة الدولية بخطورة فتح الأجواء الوطنية للطيران الأجنبى دون قيد أو شرط .

٣ - سيادة الدولة إلى ارتفاع معين يكون النطاق الجوى بعده حرا ، على أن يكون للدولة المعنية حق تنظيم مرور الطائرات فى هذا الجزء الحر .

ولكن الاتجاهات الفقهية فى تحديد المدى الرأسى للفضاء الجوى اختلفت تحت وطأة أبحاث الفضاء الكونى وممارسه الدول اليوم فيه ، لا سيما فيما يتعلق بتحديد المدى الخارجى للفضاء الجوى والاستقرار على أن يكون الفضاء الكونى مباحا للجميع وتقرير حق متساو للدول فى كشفه . والحق أن رسم الحدود الجوية الرأسية للدولة ليس بالسهولة التى يمكن أن ترسم بها حدوده

البحرية ، ذلك أن تقسيم الفضاء يثير جدلا كبيرا . ويمكن أن أصنف الآراء في هذا المجال في اتجاهين : (١) اتجاه يحدد القسمين — الجوى والكونى — بمفهوم فنى فيعتبر أن الغلاف الجوى *atmosphère* هو الذى يحدد النطاق الجوى .. والغلاف الجوى . تعبير يشير إلى ذلك الجزء من الفضاء الذى يعلو الأرض مباشرة ويكون مليئا بالهواء — (٢) — واتجاه يحدد القسمين تحديدا غائيا فيحصر الإقليم الجوى للدولة فى الارتفاع الذى يحتوى من الهواء كفاية قادرة على حمل سفن الهواء ، وتختلف تقديرات اصحاب هذا الاتجاه فى تحديد مدى الارتفاع فالبعض يصل فيه إلى ٢٥ ك م والبعض يزيد إلى ٨٣ ك . م ، وهكذا ... والفكرة عندهم هى تقسيم الفضاء إلى طبقات صالحة للملاحة الجوية وطبقات غير صالحة للملاحة الجوية . ويبدو أن الراجح هو أن ماتجاوز ١١٠٠ ك م يعتبر من الفضاء الكونى ..

ومن ثم فإن نشاط البشرية الذى امتد إلى الفضاء الكونى جعل من المتعذر ونحن نعالج اليوم أحكام قسمين من الفضاء — الجوى والكونى — أن تؤسس قانون الفضاء على الخصائص الطبيعية لطبقات الهواء . ومن هنا كان لابد من أن تتقابل الاتجاهات الدولية لتوفق بين مانريده للفضاء الكونى من حرية تفتحه للجميع وكأنه فى حكم المال المباح استخدامه وبين فرض سيادة للدولة على الفضاء الجوى تجعله عنصرا من عناصر إقليم الدولة ، وذلك سعيا وراء خدمة الإنسانية بما يحقق الخير للجماعة الدولية . وفى محاولة التنسيق هذه قد لا يكون من المحبذ أن نتخذ من قانون البحر مقياسا يقاس على أحكامه لاسيما وأن أحدا لا يستطيع أن يحدد على وجه الدقة الحدود الرأسية بين ظاهرتى الفضاء الجوى والفضاء الكونى فقد فشلت الاتجاهات التى أسلفتها فى وضع معيار معقول للفصل بين الفضاء الجوى والفضاء الكونى .

إننا إذن يجب أن ننظر إلى الفضاء على أنه وحدة واحدة وأن نربط قانون الفضاء بنشاط سفن الفضاء سواء كانت سفنا تطير فى الفضاء الجوى أم مركبات تسبح فى الفضاء الكونى . وأن نفهم حرية الفضاء الكونى وسيادة

الدولة على الفضاء الجوي' على أنها حرية غائية وسيادة غائية تضع في اعتبارها المصالح الوطنية للدول ولكنها لا تمنع من الإقرار بحق المرور البرى للدول الغير — ذلك أن الحرية الغائية تستهدف تحقيق غاية معينة شأنها شأن السيادة الغائية أى أن الغائية لا تقتصر على الفضاء الجوي وإنما تنطبق كذلك على الفضاء الكونى . وعندئذ يمكن أن نقيم قانون الفضاء على مبدئين أساسيين :

١ — حق كل دولة فى أن تصل إلى الفضاء — جوى كان أم كونيا .

٢ — حق كل دولة فى أن تدافع عن ذاتها .

الأحكام الخاصة بالطائرات فى النظرية الدولية المعاصرة :

ينقسم الهواء فى تصوره الأفقى — من حيث الأحكام القانونية — إلى قسمين رئيسيين : قسم يخضع لقاعدة الحرية ويشمل الغلاف الذى يعلو المساحات البحرية عدا البحر الساحلى والمياه الداخلية — ولكن القول بأن هذه المساحات تخضع لقاعدة الحرية لا يعنى أنها بعيدة عن التنظيم القانونى فقد وضع اتفاق شيكاغو قواعد تنظم الملاحة فى تلك المساحات كما أنه أخضع استخداماتها للأحكام الخاصة بمنع التلوث أما ما يحصل على متن الطائرة أثناء عبورها لتلك الأجواء فيخضع لقانون الدولة التى سجلت بها الطائرة .

وقسم يخضع لسيادة الدولة ، وهو ما يعلو إقليمها البرى والمساحات البحرية التى تضم المياه الوطنية (الداخلية والساحلية) . وهذا هو القسم الذى أعنيه عند الكلام عن الأحكام الخاصة بالطائرات .

تركزت مناقشات مؤتمر شيكاغو على الاستحصال من الدول على موافقتها بمنح حريات فى الجو عرفت باسم الحريات الخمس ، ونظرا لأن بعض تلك الحريات لم يحظ بحماس المؤتمر فقد اضطر المؤتمر إلى صياغة اتفاقيتين :

١ — الوفاق الدولى الخاص بخدمات العبور المؤقت (الترانسيت) ويحتوى على حريتى الطيران دون الهبوط والهبوط لأغراض غير تجارية ، وهاتان الحريتان كانتا محل قبول شبه إجماعى ولذلك وقعت عليه معظم الدول . ويحق للدولة فى

حدود أحكام الاتفاقية — أن تحدد للطائرات الطريق الذي تتبعه وانضارات التي يجوز لها استخدامها . وقد وضع منتظم الطيران المدني الدولي تنظيمًا يحكم ذلك النطاق الجوي . واذكر هنا م ١٢ من وفاق شيكاغو وتنص على أن القواعد التي تطبق على الطيران ومسارات الطيران في البحر العالي هي القواعد التي استقرت بالمطابقة لذلك الرفاق .

خطف الطائرات : الغرب : وهن على وهن :

لا جدل في أن الطائرة أصبحت اليوم وسيلة من الوسائل الهامة للمواصلات وأداة لا غنى عنها لنقل الأشخاص والسلع . ومن ثم فإن الاجواء التي تتحمل تلك الطائرات غدت طريقًا من طرق المواصلات شأنها شأن الطريق في البر والبحر في البحر . ولذا كان تأمين هذا الطريق هو من السوم التي ألتيت ، على عاتق القانون الدولي لا سيما في السرات الأخيرين بمد أن بدأت ظاهرة اختطاف الطائرات تكرر في المياد الدولية . وعلى الرغم من المعاناة التي تكابدها الجماعة الدولية من هذا الاختطاف ووقائع الارهاب التي تواكب هذه الظاهرة فإن الجماعة الدولية لازالت متعاسة عن تديج اتفاق جماعى يحاربها بحاربة فعالة . وقد بدأت الجماعة الدولية جهودها في هذا السبيل بمحاولة متواضعة سجلها وفاق طوكيو سنة ١٩٦٢ في مادته ١١ التي تنص على أنه « إذا استخدم شخص ما ، وهو على متن طائرة في حالة طيران ، العنف أو هدد باستخدامه بطريقة غير مشروعة لعرقلة الطائرة ، أو للاستيلاء عليها ، أو لممارسة الرقابة عليها ، أو إذا كان على وشك القيام بمثل هذا العمل ، فإن الدول المتعاقدة تتخذ كافة التدابير اللازمة لإعادة أو ابقاء الرقابة على الطائرة لقائدها الشرعى » . وقد أبرمت اتفاقية أخرى في لاهى في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٧١ بشأن محاربة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات وأتبع باتفاقية مونتريال هذا فضلا على القرارات التي صدرت عن الجمعية العمومية للأمم المتحدة وعن مجلس الأمن وكذا النشاط الذى يقوم به منتظم الطيران المدني الدولي وبعض المنظمات الإقليمية مثل مجلس اوروبا ومنتظم الوحدة

الأمريكية .. ويطول بي المقام لو أننى أردت أن افصل أحكام تلك الوفاقات والقرارات ، وتلك إفاضة تخرج عن غاية السفر لأنه لا يستهدف دراسة الفكر الغربى دراسة مستطيلة وإنما يتغيا أساسا عرض المفاهيم الإسلامية . ولذا أكتفى هنا بالقول بأننا نستطيع — على هدى مما ألمحت اليه من وثائق — أن نتصور أن هناك مبادئ عامة تحكم اختطاف الطائرات وتتلخص فيما يلي :—

١ — يعتبر الاختطاف الذى يحصل أثناء الطيران جريمة من جرائم القانون الدولى .

٢ — يجب أن تتعاون الدول فى مكافحة ظاهرة الاختطاف وأن تقرر لها عقوبات فى تشريعاتها الداخلية .

٣ — تقوم الدولة التى هبط المختطفون على أرضها بتسليمهم للدولة المختصة بمحاكمتهم أو أن تجرى هى محاكمتهم أمام محاكمها .

إننى لا أستطيع أن أجزم بأن هذه الأحكام تمثل أعرافا دولية ولكنها ترسم على الأقل الاتجاه الغالب فى الممارسة الدولية . وقد يكون هذا هو الذى حدا بالدول إلى أن تفضل محاربة الاختطاف عن طريق التشريعات الداخلية بدلا من الوفاقات الدولية .

وحرى بالذكر أن اتفاقية مونتيجو للبحار جعلت أعمال العنف او الاحتجاز — التى يرتكبها لأغراض خاصة طاقم أو ركاب طائرة خاصة ضد طائرة اخرى هى من قبيل القرصنة .

خطف الطائرات : الإسلام ، حرابة عقوبتها فى القرآن :

قلت إن الفضاء اصبح اليوم طريقا للمواصلات شأنه شأن البحر واليابسة ومن ثم فإنه لازم لحماية الناس وأموالهم كما هو الحال بالنسبة لأمن الطريق عموما . ولذا فإن خطف الطائرات أو ممارسة الإرهاب ضد الركاب أو ماتحملة الطائرات من سلع يجعل من الفعل حرابة ومن الفاعلين محاربين . وهذا يدخل فى حكم الآية الكريمة « . إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى

... ربح فسادا أن يقتلوا أو يسلبوا أو تقتلع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يمتدوا من الأرض ذلك يخبر في الدنيا وشبه في الآخرة عذاب عظيم » (سائدة / ٣٣) إن محتطى الطائرات إذا كانوا قد أنوا فعلتهم قهرا بخاتمة بقصد انتصاب الطائرة بلا حق أو اغتصاب اموال المسافرين أو المطالاة بفدية أو ما إلى ذلك من الأفعال فهم قطاع طريق مداموا قد تعرضوا للناس بسلاح ولو بعضا أو حجارة (أو حتى بالأيدي كما قدمت عند الكلام على القرصنة) .

وإذا كان الفقهاء القدامى قد قالوا إن الحراة تحصل في البحر كما تحصل في البر ولم يتعرضوا للأفعال التي تجرى في الجو فما ذلك إلا لأن الجو لم يكن قد أصبح بعد طريقا يقطع . ولكنى أقيس على البر في تكييف جريمة اختطاف الطائرة بأنها حراة تمثلا بالفقه التقليدى . فكما أن الفقه التقليدى انتهى إلى أن الحراة يمكن أن تقع إذا كان المحارب قد قطع طريقا بحريا (راجع شرف الدين موسى الحجاوى — الإقناع ، ج ٤ ، المطبعة المصرية ، ٢٨٧) فإن المنطق ذاته ينهى إلى أن قطع الطريق الجوى يعتبر كذلك من قبيل الحراة ويعتبر المختطفون من المحاربين لأنهم بهذا الاختطاف قد امتنعوا عن طاعة الإمام وخرجوا على قبضته .

بيد أن ماقدمته بشأن الحراة ينطبق على الفتناء الجوى فحسب أما الفضاء الكونى فلما يصبح طريقا للمواصلات وتبعاً فإن قطعه لا يعتبر قطعاً للطريق في مفهوم جريمة الحراة الإسلامية ولكن الفاعل يعتبر سارقاً أو صائلاً حسب الأحوال ، والعقوبة هنا تختلف عن عقوبة الحراة .

ولما كنت قد قدمت الكلام في جريمة الحراة وناقشت أركانها والجزاء الذى يوقع على مرتكبيها عند الكلام عن احكام القرصنة البحرية — فإنى أحيل هنا إلى ماشرحت في موقعه من الدراسة المتعلقة بالبحر لا سيما وأن الاعتداء على الطائرة التي تعبر الأجواء التي تعلق البحر الأوقيانوس يعتبر — في تعبير اتفاقية مونتيجو — بمثابة جريمة قرصنة .

وكما أسلفت فإن اختطاف الطائرات الإجرامى يعد — كالقرصنة — جريمة ضد الله ورسوله ومحاربة لهما ومن ثم فإنها تعد بذلك جريمة دولية تفرض على

كل دولة بأن تقاومها وتجعل الاختصاص بالعقاب عليها لأية دولة يقع المختطفون في قبضتها ويخضعون لاختصاصها .

وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية قاطعة في محاربة جريمة اختطاف الطائرات وتضع لها عقوبات مشددة . وقد حددت لكل حالة من حالات الاختطاف عقوبتها ، وهي بذلك تسجل حسما وتقدما لازالت الجماعة الدولية الراهنة تفتقر إليه . ولذا نستطيع أن أقول إن جريمة اختطاف الطائرات هي من الموضوعات التي يمكن أن تتكامل فيها النظريتان — الإسلامية والغربية — عن طريق استعارة النظرة الغربية لتفاصيل أحكام جريمة الحراقة . فهنا التكامل يتحقق عن طريق تصدير الأحكام الإسلامية لتطبيقها على العلاقات الدولية الراهنة .

النشاط اللاسلكي في الفضاء :

يشير عصر الفضاء إلى عهد أشبه مايكون بضرب الخيال في شئون الاتصالات والمواصلات . فهاهو الهاتف يجمع القاصي والداني قبل أن يرتد إلى أيهم طرفه ، وهذا هو الرأي ينقل الصورة من أقاصي الدنيا وكأن عفريتاً من الجن يحملها ، وناهيك بالأقمار الصناعية اللاسلكية تشد الأبصار وتبث في القفار والبحار ، ومع ظهورها ظهرت طرائق جديدة في التعاون الدولي إلى حد أن البعض يقترح إنشاء جامعة عالمية يتلقى طلابها في أرجاء المعمورة محاضراتهم عن طريق القمر الصناعي ، ويتوقع أن يصبح الرأي في القريب العاجل وزيرا يشد أزر صاحبه في الملومات وينهى له مايعرض من مشكلات ، ويوشك الهاتف أن يكون بعد أن يزود بالصورة سميرا يلتقى عنده الأصدقاء . وهكذا ، وإزاء الفوائد الجمة التي تجنيها الجماعة الدولية اليوم في مختلف الحقول — الثقافية والصناعية والتجارية — فإن التقانة اللاسلكية والالكترونية أصبحت تمثل رمزا من رموز الحضارة الراهنة وركيزة من ركائز براجم الرفاهة العالمية .

وقد قلت في مقدمة هذا الكتاب إن الإسلام يستحث المسلم على طلب العلم وألا يتوان في ذلك من المهد إلى اللحد وأن يسعى في طلبه ولو كان في

الثّـبـن . وإلّـسـلام عـنـدما يـوجـه المـسـلم إلّـى العـلم لا يـريـده أن يـُحـمـل هـذا العـلم ثـم
لا يـحـمـله كـمـثـل الحـمـار يـحـمـل أسـفـارا ولـكـنـه يـريـده أن يـرتـفـع بـه درجـات « وفـوق
كـل ذى عـلم عـلـيم » (يـوسـف / ٧٦) ، « يـرفـع الله الذـين آمـنـوا مـنـكـم والذـين
أوتـوا العـلم درجـات » (المـجـادـلة / ١١) .

ولـذـلك فـإن مـن دـعـوات المـسـلم المـحـبـبة أن يـزيـده الله عـلـما « وقـل رب زدنى
عـلـما » (طـه / ١١٤) .

ومـن ثـم فـإن مـتـابـعة هـذا النـشـاط الـلـاسـلكى ومـسـايرة التـقـدم فى مـجـال
الـإلـكـتـرونيـات أـصـبـح فـرضـا عـلى المـسـلم ولـكـن فـيـما يـتـسـق وأـحـكام الذـين مـن
اسـتـخـدامـات ومـالـا يـخـرج عـن إطـار الحـنـيفـية مـن مـهـمـات .

أما والأمر على ما قدمت فإن اشتراك الدول الإسلامية فى هذا النشاط وتقبلها
لما تضعه الجماعة الدولية من قواعد لضمان النفع العام وتأمين عدم الإضرار
بمصالح الدول هو ما تتقبله النظرية الإسلامية وتؤكدّه . ولذا فإنى أحى فى هذا
المجال — وعلى سبيل المثال — المؤسسة العربية للاتصالات الفضائية التى تتخذ
مدينة الرياض مقرا لها وتضم الكويت وقطر والسعودية وليبيا وسوريا والجزائر
ودولة الامارات العربية المتحدة ، والبرنامج الذى وضعته لانشاء نظام اتصالات
فضائية خاص بالدول الأعضاء . كما أحى أيضا القمر الصناعى السعودى الذى
أنشأته المملكة العربية السعودية لتغطية مساحتها الشاسعة بالبث الرأى المباشر .
وإذا كان هذا هو حكم الإسلام فإن النظرية الإسلامية لابد أن تحمى النشاط
اللاسلكى المشروع بالسماح مثلا — طبقا لتنظيم علمى سليم — بأن يعبر البث
الإذاعى فضاء الدول الغير وتحريم التشويش عليه مالم يكن يتضمن ما يخل بالقيم
والآداب الإسلامية . وتيجز أن تدور الأطباق الطائرة والأقمار الصناعية فى
أفلاك الدول الغير مادام أنها لا تسبب ضررا للغير أو تخالف نهجا إسلاميا .
ولذا أقول هنا إن النظرية الغربية — فى حدود ما لا يخل بالأصول الإسلامية —
تتكامل مع النظرية الإسلامية فى هذه المجالات .

القمر والكواكب الأخرى :

يثير غزو القمر والكواكب الأخرى تساؤلات افتراضية تبتدعها احتمالات ذهنية يثيرها الفقه الدولى المعاصر . فلو افترضنا مثلاً أن هناك سكاناً على بعض هذه الكواكب فأى قانون ينظم علاقتهم بسكان كوكبنا ؟ وإن كان هناك من الكواكب ما يصلح لسكنى البشر فما هو القانون الذى ينظم شئون ذلك النفر من الناس الذين قد يجدون انفسهم على كوكب آخر غير كوكبهم ؟ .

إن غزو القمر وغيره من الكواكب قد يعتبر دعوة إلى الهجرة خارج الكرة الأرضية ، ذلك أنه مع تقدم العلم فإن الأمر قد يصل إلى حد يفضل معه بعض الناس الحياة فى القمر أو غيره من الكواكب التى قد تكشف . وليس بمستبعد أن تسفر أبحاث الفضاء عن التقاء سكان الأرض بسكان كواكب أخرى لهم حضارتهم ووسائل معيشتهم وقوانينهم . ولكن هذه كلها أفكار تتعاشق بلا شك فى هذه المرحلة الراهنة مع الخيال ، ولذا لا تستأهل منا اليوم أكثر من الإشارة دون أن نرهب أنفسنا فى محاولة البحث عن حلول قانونية لأن تكييف فلسفة القوانين التى تجيب عن تساؤلاتنا تلك يعتبر — فى وضعنا القائم — سابقاً للأوان .

يبد أن هذا لا ينفى أن الإنسان قد ارتاد القمر ووصل إلى كواكب أخرى وأنه دؤوب على الإبقاء على صلاته بتلك الأجرام ويحاول أن يترجم رحلاته واتصالاته فى الفضاء الكونى بما يعود على البشرية بالخير ويكشف مغاليق أسرار فلكية وجغرافية لازالت لغزا يحيط به الغموض . ولذا فإن القاعدة التى استقرت اليوم هى اعتبار الأجرام السماوية من قبيل الأقاليم المشتركة للجماعة الدولية ، واستبعاد حق أية دولة فى أن تدعى سيادة على جرم من تلك الأجرام أو أن تحتكر الانتفاع به — وذلك الذى انتهت اليه البشرية اليوم يتفق مع ما جاء به القرآن الكريم فى خصوص تلك الأجرام طبقاً للمفهوم الذى استنبطه من آياته المباركة . يقول تعالى « وسخر لكم الشمس والقمر دائيين » (ابراهيم / ٣٣) . ويقول عز وجل « وسخر لكم الليل والنهار والشمس والقمر » (النمل

(١٠) . وهاتان الآيتان خاصتان بالقمر . أما الكواكب الأخرى فتدخل —
فيسا أرى — في قوله سبحانه « ألم ترؤا أن الله سخر لكم مافي السماوات
والأرض » (لقمان / ٢٠) . وفي قوله تبارك « وسخر لكم مافي السماوات
والأرض جميعا » (الجاثية / ١٣) . ويمكن أن أضيف إليها قول العزيز الحكيم
« والشمس والقمر والنجوم مسخرات بأمره » (الأعراف / ٥٤) . وبدهى
عندى أن الكواكب تدخل من هذه الآيات في مدلول قوله عز من قائل « مافي
السماوات » . وتبعا فإن أمر التسخير هنا ينصرف إلى الكواكب كما ينصرف
إلى غيرها من الظواهر التي تنطوي عليها السماوات . ثم إن التسخير يعنى
التهيئة للمنفعة العامة والتمهيد للاستفادة .

وهكذا فإن التجارب التي تمارسها الدول اليوم لاستجلاء غوامض القمر
والشمس والنجوم والكواكب الأخرى هي مما تحبذه النظرية الإسلامية لأنها
وسيلة الإنسان لكي يفيد من أمر الله بتسخيرها للإنسان . والآيات واضحة في
أن الله لم يخص قوما دون آخرين بتسخير الشمس والقمر والنجوم . ومادام أن
غزو القمر والكواكب هو مما يستجيب للحكمة الإلهية ويتسق مع مدلول
الآيات القرآنية فبدهى أن تفرض عليه النظرية الإسلامية حمايتها وأن تنظر إلى
كل نشاط متعلق به ويستهدف به خير البشرية على أنه نشاط يمارس في إقليم
مشترك لصالح مشترك . فلا غرو إذن إذا قلت إن مفهوم إشارة هذه الآيات
يزكى وصف رواد الفضاء الكوني بأنهم سفراء للبشرية ، ويؤيد الأحكام التي
اقرتها الجماعة الدولية لحماية مركبات الفضاء ورواد الفضاء . فإن اسفرت
تلك الجهود عن جديد أو كشفت عن غيب ليس معلوما مما يدور في خيال
المتحمسين فعندئذ يفتح المجال أمام الاجتهاد الفقهي لدراسة مااستجد والإفتاء
فيه بما يتفق والأصول الإسلامية .

كلمة في الفضاء الكوني :

بقيت كلمة في الفضاء الكوني حيث يتعذر حتى الآن — إلى جانب صعوبة
تحديد متى يبدأ ذلك الفضاء — أن تحتازه الدول . ثم إن الفضاء الكوني الذي

يعلو كل دولة ليس ثابتا بسبب دوران الأرض . وإن لم ينصرف هذا إلى الكواكب فهي يمكن أن تكون محل حيازة إذا كانت ظروف الحياة عليها ملائمة . بيد أن كسب هذه الأجرام لا يخضع للقواعد ذاتها التي تكلمنا عنها عند دراسة أسباب كسب الإقليم البري وتلك النقطة لم تلق عناية كافية من حيث الدراسة .

ولا تغنى قاعدة الملك المشترك في وصف الفضاء الكوني نظرا للصعاب الجمة التي تثيرها عملا . ولذا فقد يكون الرأي هو اعتباره مجالا مباحا في معنى خاص هو أن لكل دولة حرية قانونية في استخدامه شريطة احترام قواعد القانون الدولي . وأقول حرية قانونية لأنها حرية تتوقف على إمكانيات كل دولة وتعنى أساسا حرية الكشف والمراقبة لأغراض علمية وحرية إطلاق الأقمار الصناعية التي تقوم بالبث والمراقبة واعتبار الرواد سفراء للبشرية ومعاهدة أخرى سنة ١٩٧٥ بشأن الأجرام الكونية تتطلب أن ينسب الجرم لدولة ما حتى تكون مسئولة عنه . وربما تعنى في المستقبل حرية استثمار الأجرام السماوية . كما أبرمت معاهدة سنة ١٩٦٨ تتعلق بمعونة وإعادة رواد مركبات الفضاء سالمين إلى دولهم . وقد تبنت الجمعية العمومية للأمم المتحدة قرارا في أواخر سنة ١٩٦١ بشأن الاستخدام السلمي للفضاء الكوني ووافقت سنة ١٩٦٦ على مشروع اتفاقية تتعلق بالمبادئ التي تحكم نشاط الدول في كشف واستخدام الفضاء الكوني بما في ذلك القمر والأجرام السماوية . وقد وقعت الاتفاقية سنة ١٩٦٧ وتقرر أن ذلك النشاط يجب أن يكون من أجل صالح وخير الدول جميعا ، وتفتح الكشف والاستخدام للدول جميعا دون تمييز وتلتزم الدول بالحرص على ألا يضر نشاطها بالبيئة وأن تتشاور بشأن ذلك النشاط ، وتحرم ادعاء سيادة على الفضاء الكوني أو الأجرام السماوية أو وضع أسلحة ذرية أو أسلحة دمار فيه وتجرد الأجرام السماوية كلية من السلاح .

الفضاء الجوي والكوني في النظرية الإسلامية :

يشهد التاريخ بأن العرب كانوا أصحاب السبق في ارتياد الفضاء فقد كان

خمس بن فرباس سنة ٢٧٥ هـ (٨٨٨ م) أول إنسان طار بجناحين نحو السماء وإن كان قد دفع حياته ثمًا لتجربته ، بيد أن العرب لم يواصلوا تلك الريادة وتخلفوا عن الركب وخلت مكبتهم من دراسات أو معاهدات في قانون الفضاء . ولم يبق في هذا الحقل سوى الارتباط بعهود ومتابعة جهود من صناعة الغرب .

وأيا كان الأمر فإن من ينعم النظر في آيات الذكر الحكيم ينتهي — في مفهومي — إلى أن النظرية الإسلامية تعرف الفضاء بقسميه الجوى والكوني — على أنه قطاع متكامل وإقليم متصل . ويمكن أن نستنبط ذلك المعنى من قوله عز وجل « الله الذي خلق السموات والأرض وما بينهما » (السجدة / ٤) . فالآية واضحة في أن إرادة الله في خلق الكون الذي نعيش فيه شاءت أن يتصل ما بين السموات والأرض وأن يكون خلق ما بينهما متصلاً بخلقهما ورباطاً بينهما . وفي قول آخر فإن الفضاء الذي يفصل ما بين السموات والأرض — أي الفضاء الجوى والكوني — هو جزء متصل من كوكبنا وظاهرة متكاملة من عالمنا . ولذا فإن ما قدمته من أن قانون الفضاء لابد أن يتكامل على نحو يعالج فيه الفضاء الجوى والفضاء الكوني على أنهما ظاهرتان متكاملتان ومن ثم فإن القانون الذي يحكمهما لابد أن ينطلق من هذا التصور القرآني الشامل للظاهرتين والجامع لهما في مسمى « ما بينهما » .

والواقع أن هذا الترابط والتكامل يرجع إلى الظاهرتين — الهواء والكون — منطلقاً عن مفهوم واحد وهو الفراغ ولذا فإن القرآن الكريم يضرب بالهواء المثل للشيء الفارغ كقوله سبحانه « لا يرتد إليهم طرفهم وأفئدتهم هواء » (ابراهيم / ٤٣) . فالوصف هنا يدل على أن لفظة « هواء » عديل للفضة « فراغ » .

ومن ثم فإنى لا أجد مشقة — على خلاف الحال في النظرية المعاصرة — في أن أقول إن النظرية الإسلامية تستحيب لما قدمت عاليه بشأن قانون الفضاء من أن يكون قانوناً موحداً يعالج الظاهرتين معالجة متكاملة ، وهذا يتفق مع ما اقترحه بالنسبة لما يجب أن تسير عليه النظرية المعاصرة .

ومعلوم أن كتشف الإنسان للفضاء الكونى لم يتحتج إلا فى السنوات القلائل الأخيرة ، فدهى إذن أن انفق الإسلامى التقليدى قد بحث مشكلة حق العلو فى إطار المعرفة الإنسانية المحدودة وقتئذ ، ولذا فإننا يجب أن نتفهم الآراء الإسلامية الكلاسيكية على هدى من تلك الحقيقة ، ثم إن الفقه — كعادته — كان يناقش القضايا والمشكلات فى إطار الدولة وفى نطاق قانونها الوطنى ، وتلك حقيقة أخرى يجب أن تؤخذ فى الحسبان عند تقويم آراء السلف فى هذا الخصوص . بيد أن واقع كشف الإنسان للفضاء الكونى ليس غريباً على النظرية الإسلامية لأن القرآن الكريم قد تنبأ بها فى قوله تعالى « يامعشر الجن والإنس إن استطعتم أن تنفذوا من أقطار السموات والأرض فانفذوا لاتنفذون إلا بسلطان » (الرحمن / ٣٣) . والسلطان هو العلم ، والعلم علم الله يؤتیه من يشاء ، « لا يحيطون بشيء من علمه إلا بما شاء » . وإذن فالنفاذ إلى خارج الأقطار رهن بالكشف العلمى الذى لا يكشفه الله لعباده إلا عندما يشاء . وقد شاءت إرادته العليا أن تكشفه فى هذه الأيام . والنفاذ من هذه الأقطار لا يكون إلا للفضاء الكونى أولاً لأن القطر هو ما يحيط بالدائرة وتبعاً هو الفضاء الجوى المحيط بالأرض والفضاء الكونى وهو فضاء قاصر على المجرة الشمسية التى نعيش فى جاذبيتها لأن ما يتعدى ذلك يصدق عليه قول المولى عز وجل « وقد جعلنا فى السماء بروجا وحفظناها من كل شيطان رجيم إلا من استرق السمع فأتبعه شهاب مبين » (الحجر / ١٦ — ١٨) . فإذا انتقلت من الذكر الحكيم إلى الفقه القديم نجد أن الفقهاء قد عاجلوا القضية بصورة غير مباشرة فى معرض الكلام عن حق العلو .

لقد اختلف الفقهاء المسلمون فى هل يعتبر العلو تبعاً لملكية الأرض أم لا ؟ فذهب الحنفية إلى أن العلو ملك لصاحب الأرض فله أن يعلو بيناته إلى ما يشاء .

وقال صاحب الدر المختار إذا حلف لا يدخل الدار فوقف على سطحها حنث ، أى أن علو الدار جزء منها وأن لفظة « الدار » تشمل الدار وعلوها .

أما الملكية فقد أجازوا للمالك أن يرتفع كما يشاء شريطة ألا يضر بالغير ، فهم هنا يأخذون بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » .

وقال القرافي — وهو أيضا من الملكية — إن مالك الأرض يملك الهواء إلى عنان السماء .

وإذا أردت أن اترجم هذه الآراء بلغة القانون الدولي أقول إن النظرية الإسلامية تتنازعها اتجاهات ثلاثة في شأن تحديد القاعدة العامة في قانون الفضاء :

أ — فهناك اتجاه الحنفية الذى يسند من يذهبون إلى أن للدولة سيادة كاملة على الفضاء الجوى لأن هذا الفضاء هو علو اليابسة ، أى الأرض التى تمارس الدولة سيادتها عليه . ومن ثم فإن للدولة أن تغلق إقليمها الجوى في وجه من تشاء ولا يقع عليها التزام قانونى بفتحه لأنها تستطيع أن تعلو فيه كما تشاء دون أن يكون للدولة أخرى أن تعترض على ذلك .

ب — وهناك اتجاه الملكية الذى يؤيد من يذهب إلى سيادة الدولة على فضائها الجوى مقيدة بما للدول الأخرى من حقوق مشروعة . وتبعا فإن الدولة لا تستطيع إغلاق أجوائها في وجه الملاحة الجوية الدولية اللازمة لتناول المصالح الاقتصادية والتجارية بما يعود على الجماعة الدولية والصالح العام الدولى بالخير والبركة . وفى قول آخر فإن رأى الملكية يعنى — على المستوى الدولى — تقييد وتعزيز إبرام المعاهدات بين الدول لتنظيم الملاحة الجوية بما يرفع عنها في علاقاتها المتبادلة أن تصاب بضرر أو أن تصيب الغير بضرر .

ج — أما اتجاه القرافي فمؤداه أن الدولة تملك ممارسة سيادة نهائية على فضائها الجوى والكونى لأن حقها فى العلو يصل إلى عنان السماء . طبيعى أن القرافي لم يكن على علم — عندما قال بما قال — بأن هناك فضاء جوى وفضاء كونى وتبعا فإنه لم يقصد بحق المالك فى أن يصل بعلوه إلى عنان السماء أن هذا ممكن فعلا وإنما قصد بمبالغته هذه أن يقطع دابر الخلاف حول تحديد المدى الذى يمكن أن

يصل إليه المالك بحسره وما كان له أن يعنى بمثل حرفي إذ كيف كان يتسنى في وقته نألك أن يصل بارتفاعه إلى عنان السماء ، بل إن هذه الاستحالة لازالت قائمة حتى عثرنا هذا وقد اتار القرآن إلى هذه القضية في قوله سبحانه وتعالى « حفظا من كل شيطان مارد لا يسمعون إلى الملائ الأعلى ويقذفون من كل جانب إلا من خطى الخنفة فأتبعه شهاب ثاقب » (الصافات / ٧ - ١٠) .

بيد أنه على الرغم من ذلك فإن القرافي ذهب مذهباً يزكى وصول الدولة بسيادتها إلى مايعلو إقليمها من فضاء بشقيه — الهوائى والكونى — ولا حدل عندى في أد قول القرافي هو أكثر الآراء اتساقاً مع الرأى الذى احبذه وهو تكامل الفضاء تكاملاً يستحب معه أن يحكم الفضاء قانون واحد تتكامل فيه الأحكام كذلك بالنسبة لشقى الفضاء . ثم إن قول القرافي هو أقرب الآراء الفقهية التقليدية إلى حاجات العصر .

وجلى أن الأخذ بأى من الاتجاهين الأولين يتطلب تحديد مدى الفضاء الجوى وأين يبدأ الفضاء الكونى ، وتلك مشكلة علمية . لذا فإنى أرى أن النظرية الإسلامية لا تجد غضاضة في أن تأخذ في تعريف نطاق ومدى كل من شطرى الفضاء بما تنتهى إليه البحوث العلمية المعتمدة . أما الأخذ بالاتجاه الثالث فيعطينا من تحرى الحدود الفاصلة بين الفضاء الجوى والفضاء الكونى لأن القسمين متداخلان من حيث الأحكام .

بيد أن الأخذ بقول القرافي — وهو مالكى — لايعنى أننا نبعد عن رأى المالكية لأن المالكية لم يقيدو حق العلية بارتفاع معين وإنما قيدوه بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » . ومن ثم فإن رأى المالكية إذا جمعناهم وفيهم القرافي ينتهى إلى أن حق الارتفاع بالعلو إلى عنان السماء مقيد بألا يكون فيه ضرر أو ضرار . ولذا فإنى — متابعة لاتجاه المالكية — أحبذ القول بأن النظرية الإسلامية تؤيد حق الدولة في أن تمارس سيادتها على فضائها — الجوى والكونى — إلى أقصى ارتفاع تستطيع الوصول إليه بتلك السيادة ولكن ممارستها لسيادتها مقيد بألا تضر بالدول الغير .

ومن ثم فإن رأى المالكية في الصورة التي اعتمدها يبشر بتوافر حق المرور البريء في النطاق الجوي الأجنبي . وعندما أقول حق المرور أقصد حقاً موصوفاً أى لا بد أن يتوافر فيه وصف البراءة لأن هذا هو الذى يمنع الضرر عن الدولة صاحبة النطاق الجوي والإضرار بالدولة صاحبة السفينة الجوية العابرة . وتبعاً فإن الدولة صاحبة الإقليم الجوي تملك أن تمنع المرور في أجوائها إذا كان غير بريء كأن تترتب عليه مثلاً هزات عنيفة أو تغيير مغل بحرارة الجو ، شأن مرور طائرات الكونكورد . والحق أن المرء لا يملك إلا أن يبدى إعجابه بالنظرة البعيدة المتعمقة التي اتسم بها الفقه الإسلامى في مناقشة حق العلو والتي تفوق فيها — بلا مرء — على الفقه الغربى وحقق سبقاً بعيداً بالقياس إليه . ولكن ما الحكم لو أن الفضاء لم يعمل دولة وإنما علا البحر الحر مثلاً ؟ لقد اهتمت الدول بذلك ووضع الوفاق الخاص بالنقل الدولى ، ويتضمن الحريات الخمس ، وقد وقعت عليه قلة من الدول . والحريات الخمس إلى جانب الحريتين السالفتين : هى : (١) إنزال بضائع أجنبية يكون أصلها من الدول التي تتبعها الطائرة — فى إقليم دولة أجنبية . (٢) حمل بضائع من دولة أجنبية إلى الدولة التي تتبعها الطائرة وحمل أشخاص وبريد وبضائع بين دولتين أجنبيتين .

وقد صاغ المؤتمر بجانب هذين الوفاقين — اتفاقاً بشأن الطيران المدنى يرسى أسساً عامة لقانون الجو الدولى كما يقيم منتظماً دولياً للطيران المدنى . هذا إلى جانب ماحواه من قوانين لتشغيل الطائرات وطاقمها وقواعد تتعلق بالصحة والسلامة وتوجيهات عما يتبع فى شئون الجمارك والهجرة والملاحة .

ويبدو أن حرية الطيران وحق الحمل والإنزال بين دولة العلم ودولة أجنبية لم يمثل عقبة فى الواقع . وقد رسم له وفاق شيكاغو إطاراً سليماً ينظم تلك الحرية . أما حرية النقل بين دولتين أجنبيتين فإن الدول تلجأ عادة بالنسبة لها إلى إبرام وفيات خاصة . وتتضمن كثير من الوفيات الخاصة ما يسمى بمبادئ برمودا ، وأهم سمات تلك المبادئ هى :

- (١) يجب ألا تفيض القدرة عن حاجة النقل التي تخدم .
- (٢) تقدم حرية النقل من بلد الناقل إلى دولة غير والعكس على حرية النقل بين دولتين من الغير .
- (٣) الاعتراف بضرورة حرية التحرك بين دولتين من الغير .
- (٤) لا يسمح بتحديد القدرة مقدما ، وإنما تحدد بعد فترة من التشغيل وعلى أساس الواقع .

أما حق المرور البريء — أى الجوى الذى تتوافر فيه أوصاف البراءة — فلم يستقر بعد فى القانون الجوى الدولى ، ولعله الآن فى دور التكوين .

والغالب فى العمل الدولى أن تخضع الطائرة — اثناء طيرانها فى جو دولة غير — لقانون دولة الجنسية كما تخضع كذلك لقانون دولة الفضاء الجوى الذى حصل فيه التصرف أو وقعت فيه الحادثة . ويعتمد الفصل فى أى القانونين هو الذى يطبق فى الحادثة على المكان الذى تهبط فيه الطائرة . كذلك تخضع الطائرة لما تضعه الدولة من لوائح وتعليمات بشأن المرور فى أجوائها .

وقد أثار اختراق الطائرات الأجنبية للنطاق الجوى عدة منازعات وادعاءات بين الدول . إن مبدأ السيادة الخالصة للدول على أجوائها يخول الدولة صاحبة الإقليم الحق فى أن تختار — إذا ما اخترقت أجوائها — بين عدة تصرفات . إنها بالخيار بين أن تتجاهل الواقعة أو أن تحاول تحطيم الطائرة اثناء اختراقها لأجوائها أو أن تجبرها على المبوط أو أن تغادر إقليمها .

إن ما قدمت فى السطور السابقة بشأن حق المرور البريء واختراق الطائرات الأجنبية للنطاق الجوى هو مما يمكن أن تتماثل فى عمومياته النظريتان الإسلامية والغربية .

باب ملحق فى تلوث البيئة

« ظهر الفساد فى البر والبحر بما كسبت أيدى الناس ليزيقهم بعض
الذى عملوا لعلهم يرجعون » .
صدق الله العظيم (الروم / ٤٠)

دهليز إلى البحث : التلوث في النظرية المعاصرة :

لا مرء في أن تطور التقانة في هذا القرن قد فتح النشاط الإنساني على مجالات عدلت من أنماط الحياة وبدلت سلوك الناس . وبدهى إزاء هذا التغير الشامل ألا يتف القانون مكتوف اليدين أو يتقاعس عن المواءمة بين أحكامه وبين مستحدثات الأمور ولذا فإن الحقائق تشهد بأن كل مرحلة من مراحل التطور التقانى خلفت معقباتها على النظام القانونى بشقيه — الوطنى والدولى . ولعل من أبرز ماواجه القانون من المشكلات مشكلة استفحلت بسبب التقانة الحديثة تلك هى مايواكب التقانة من تلوث البيئة ويعرض الحياة البشرية لأفدح الأخطار . وماحادثة تشرنوبيل — فى الاتحاد السوفيتى — عنا ببعيدة .

وبدهى أن التلوث مشكلة تناجز البيئة فى كافة صورها : برية وبحرية وجوية . بيد أن الجماعة الدولية المعاصرة رأأت لحكمة ما أن تصرف جل جهودها فى مكافحة التلوث إلى البيئة البحرية .

ومنطنى ونحن بصدد حماية البيئة البحرية أن نتساءل عن المقصود بتلوث تلك البيئة . إن الشائع فى تعريف التلوث البحرى هو أنه يعنى « ادخال الإنسان بصورة مباشرة أو غير مباشرة فى البيئة البحرية — بما فى ذلك مصبات الانهار — لمواد أو طاقة تنجم عنها آثار مؤذية مثل الإضرار بالموارد الحية وتعريض الصحة البشرية للأخطار وإعاقة أوجه النشاط البحرى بما فى ذلك صيد الأسماك والاستخدامات الأخرى المشروعة للبحار ، والخط من نوعية مياه البحر وقابليتها للاستعمال ، وخفض إمكانات استخدام وسائل الترويح .» ولكن هذا الشائع ليس هو المجمع عليه ، ولذا اختارت اتفاقية خليج مونتيجو أن تعزف عن تعريف التلوث وأن تقنع بتعداد مصادره . وقد حصرت الاتفاقية تلك المصادر فيما يلى :

- (١) التلوث من مصادر فى البر .
- (٢) التلوث الناشئ عن أوجه نشاط تخص قاع البحر .
- (٣) التلوث الناشئ عن أوجه نشاط فى المنطقة .

(٤) التلوث عن طريق الإغراق .

(٥) التلوث من السفن .

(٦) التلوث من الجو أو من خلاله .

وتتهم الجماعة الدولية بالتلوث البحري اهتماما واضحا ، الأمر الذى تشنّد به أحكام اتفاقية خليج مونتيجو . فهى تنص فى م ١٣٧ على مايلى :

(١) لا يخل هذا الجزء بالالتزامات المحددة التى تتحملها الدولة بموجب الاتفاقيات والاتفاقات الخاصة المبرمة فى وقت سابق والتى تتصل بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها أو بالاتفاقات التى قد تبرم تعزيزا للمبادئ العامة الواردة فى هذه الاتفاقية .

(٢) ينبغى تنفيذ الالتزامات المحددة التى تتحملها الدول بموجب الاتفاقيات الخاصة ، فيما يتعلق بالبيئة البحرية والحفاظ عليها على نحو يتماشى مع المبادئ والأهداف العامة لهذه الاتفاقية .

وهكذا نرى أن الاتفاقية جعلت من مبادئها نوعا من النظام العام الدولى الذى يحكم نشاط الدول فى حماية البيئة البحرية حرصا منها على أن تفرض على الدول قدرا أدنى من الالتزام والعناية .

والمستقرىء لأوجه النشاط الدولى المعاصر يجد أن الدول تضع فى مقدمة المخاطر التى تهدد البيئة مخاطر التلوث بالزيت والمزيج الزيتى والمواد المشعة ، ويستبين ذلك من المعاهدات التى أبرمت والمؤتمرات التى عقدت . بيد أن الأمر لم يقتصر على التلوث بالزيت والمواد المشعة فهناك مواد أخرى لها خطورتها على البيئة البحرية ، وقد عددها بعض الخبراء فى عشر هى : الصرف الصحى المنزلى ، والطحالب ، والنفايات غير العضوية بما فى ذلك المعادن الثقيلة ، والبتروكيماويات ، والكيماويات العضوية ، والنفايات العضوية بما فى ذلك نفايات اللباب ، والنفايات العسكرية ، والحرارة ، والمطهرات والمواد الصلبة ، وبقايا الحفارات والنفايات الخاملة .

يد أننا لا نستطيع أن نزعّم أن الجماعة الدولية قد بلغت مرامها في حماية البيئة .

البيئة والتبؤ في النظرية الإسلامية :

أود باء ذى بدء أن أوضّح أنني لا أناقش هنا الموضوع من زاويته الدينية التعبدية بوصف أن البيئة والتبؤ قدرة من قدرات الله الذى أتقن كل شئ صنعاً ، ولكنى أناقشه من حيث أن البيئة ظاهرة اجتماعية سخرت لخدمة الإنسان .

خلق الله الإنسان واستعمره فى الأرض وسخر له مافىها من موارد وثروات . « هو أنشاكم من الأرض واستعمركم فيها » (هود / ٦١) . ومن ثم فإن الدور الحياتى للإنسان فى هذه الدنيا هو دور الأمين على مااحتوته المعمورة من موارد واستكته من خيرات . وبدهى أن تلك الأمانة تفرض على الإنسان أن يتغنى فيما آتاه الله عمار الدنيا وخير الناس جميعاً ليضمن بذلك نفع الخلق ويؤمن صالح الأجيال القادمة حتى يرث الله الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين . ثم إن هذا الواجب يقتضى منه أن يحافظ على موارد الطبيعة كما وكيفا فى حدود قدراته ، وذلك بالامتناع عن إفساد البيئة والحرص على عدم إخراجها عن طبيعتها التى هُيت عليها لتلائم الحياة البشرية وتيسر قرار الإنسان فى الأرض . يقول الرسول ﷺ « إن قامت على أحدكم القيامة وفى يده فسيلة فليغرسها » .

وقد شاءت حكمة الله فى خلقه أن يقيم توازناً بين المخلوقات ويرتب تكاملاً بين الكونيات وذلك هو مانعبر عنه اليوم باصطلاح « التبؤ Ecology » . قال عز من قائل « إنا كل شئ خلقناه بقدر » (القمر / ٤٩) . وقال تعالى « وكل شئ عنده بمقدار » (الرعد / ٨) . وقال سبحانه « وأنبتنا فيها من كل شئ موزون » (الحجر / ١٩) . ولا جدل أن الإنسان فى حياته ضمن هذه البيئة يشكل عنصراً من عناصرها إلى جانب الحيوان والنبات والجماد ولكنه عنصر يتميز بالإرادة والعقل المدرك . ومن ثم كان هو العنصر المسئول عن

الحفاظ على العناصر الأخرى « ان في ذلك آيات لأولى النهي » (طه / ١٢٨) .

وهكذا نتبى إلى أن المحافظة على البيئة وعدم الإخلال بالتبؤ هو — من حيث المبدأ — حكم من أحكام النظرية الإسلامية ، بل قد يكون شعبة من شعب الإيمان فالرسول ﷺ يقول « الإيمان سبع وسبعون شعبة أعلاها شهادة لا إله إلا الله وأدناها إمطة الأذى عن الطريق » . ذلك أن إمطة الأذى عن الطريق صورة من صور منع التلوث وهى بذلك رمز للمدرك العام فى منع التلوث (راجع بحثا موجزا فى هذا الموضوع قدمته مجموعة من الاساتذة السعوديين كنشرة مشتركة للاتحاد الدولى لصون الطبيعة والموارد الطبيعية ومصلحة الأرصاد وحماية البيئة بالمملكة العربية السعودية سنة ١٩٨٣) .

حكم التلوث فى النظرية الإسلامية :

لعل التعرف على أحكام التلوث يقتضى أن نمهد له بمحاولة تحديد مفهوم التلوث فى النظرية الإسلامية وتحديد مفهوم التلوث فى النظرية الإسلامية يمكن أن يتوفر عن طريق استعراض الدور الذى تقوم به العناصر الرئيسة فى البيئة المحيطة بالإنسان ، لأن هذا الدور هو الذى يعين على التعرف على ما يعد تلوثا ضارا تجب مقاومته والحرص على تلافيه حفاظا على البيئة وحماية لها من التلوث . إن التلوث فى النظرية الإسلامية هو التلوث الذى يعطل العنصر عن أداء وظيفته الحيوية والاجتماعية بإهداره أو تلويثه ، وذلك استنادا إلى القاعدة الفقهية « ما أدى إلى الحرام فهو حرام » .

إن العناصر الرئيسة فى البيئة المحيطة بالإنسان هى : الماء والهواء والنبات والحيوان ، ولذا أستعرض دور كل عنصر من تلك العناصر عنصرا بعد آخر وتبعا بيان مايعتبر تلوثا له محرما .

أ — الماء :

جعل الله الماء أصل الحياة ومنشأها « وجعلنا من الماء كل شئ حى »

(الأنبياء / ٣٠) فيه تحيا الأرض « وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها » ، (البقرة / ١٦٤) ، وينبت الزرع « وهو الذى أنزل من السماء ماء فأخرجنا به نبات كل شيء » (الانعام / ٩٩) . ويتطهر البدن والملبس « وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم » (الانفال / ١١) ، ويجرى عليه الفلك وتتوفر الحياة للكائنات البحرية « وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك فيه مواخر لتبتغوا من فضله » (فاطر / ١٢) .

وهكذا فإن على الإنسان واجبا يقتضيه أن يحول دون تلوث الماء وتعطيله عن أداء دوره الحيوى . ولا يتحقق ذلك إلا بحماية البيئة المائية مما يجعلها قاصرة عن أن تحيى الأرض وتنبت الزرع وتطهر الإنسان وتجرى الفلك وتحتضن الحيوانات البحرية .

ب — الهواء :

الهواء مصدر آخر من مصادر استمرار الحياة فمنه نستمد الأكسجين ، وهو وسيلة من وسائل التلقيح « وأرسلنا الرياح لواقح » (الحجر / ٢٢) . وهو الذى يزجى الفلك « إن يشأ يسكن الرياح فيظلن رواكد على ظهره » (الشورى / ٣٣) .

ومن ثم فإن الإنسان — فى حكم النظرية الإسلامية — مسئول عن الإبقاء على الهواء نقيا خالصا غير ملوث على يجعله يحقق وظائفه التى اسلفتها .

ج — النبات والحيوان :

لا جدل فى أن النبات والحيوان مسخر لخدمة الإنسان ولذا فإن على الإنسان أن يستخدمه فيما خلق له وألا يسئ الانتفاع به على نحو يتخطى مرتبة الحرص على توفير الظروف المعيشية المناسبة . فلا يجوز مثلا العمل على أو الإهمال فى ما يترتب عليه استئصال جنس نبات أو حيوان ، أو الإفراط فى تلويثه

بالزيت تلوثا يهدد الحياة البحرية . فإن فعل ذلك فقد أتى فعلا محرما لأنه يستلبي البيئة مقومات الدور المعيشي الذي سخرت له .

وإن كانت مصلحة الناس هي الغاية من حماية البيئة ضد التلوث الضار فإن نشاط حماية البيئة يجب أن يستهدف وقاية الإنسان من التأثيرات التي قد يتعرض لها بسبب عوامل خارجية . ومن هنا كان محرما مثلا على المرء أن يزرع نبات الحشيشة لأنه ضار بالإنسان ، كما كان لزاما التصرف في المواد الكيماوية والنفايات والعوادم وما إلى ذلك على نحو يبعد مخاطرها عن الإنسان ، وهكذا .

إن حماية البيئة من التلوث حرصا على صالح الناس لا يعنى الاستغناء عن المواد الضارة كلية وإنما يقصد إلى عدم تجاوز معدلات الأمان في استخدام تلك الموارد طواعية للقاعدة الفقهية « درء المفسد مقدم على جلب المنافع » . وإلا وجب إزالة الضرر على نحو يتماشى مع القاعدة الأصولية لإزالة الضرر بمثله أو بضرر أكبر منه . فإن استحالة ذلك وجب الاستغناء عن تلك المواد الضارة قدر المستطاع واتخاذ الوقاية اللازمة ضد ما يهدد البشر من مخاطرها أخذًا بالقاعدة الفقهية « يختار أهون الشرين » . والمثل يوضح ما أقول : إن المبيدات الحشرية هي من المواد الضارة ولكن هناك حاجة إلى استخدامها لإبادة الهوام الضارة . ومن ثم فإن استخدامها يجب ألا يصل إلى حد تلويث البيئة وتهديد الحياة البشرية لأن القاعدة الأصولية تقول « لا ضرر ولا ضرار » . وهكذا الأمر بالنسبة للمواد الأخرى مثل المواد المشعة والمخدرات والمسكرات .

وإذن فتلويث البيئة هو تعطيل للموارد الطبيعية وإتلاف للدور الذي خلقت من أجله فإن كان ذلك دون مبرر مشروع فهو تلويث محرم لأنه يدخل في حكم الإفساد في الأرض « ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها » (الأعراف / ٥٦) . وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية لا تقتصر على تحريم التلوث البحري بل تحارب كل صور التلوث البرية والبحرية والجوية وتتطلب من الدول أن تبذل الجهد الكافي على المستويين — الوطني والدولي — لحماية البيئة . عموما من التلوث سواء باتخاذ الاجراءات الوقائية أم بإبرام الاتفاقات الجماعية .

ويطيب لى أن أختم الكلام عن التلوث فى النظرية الإسلامية برأى الخاص الذى انتهت فيه إلى أن الاتجاهات الدولية المعاصرة فى شأن حماية البيئة من التلوث — سواء كانت واقعية أم تعاقدية — تعتبر فى نظرى جزءا من شرح النظرية الإسلامية فى هذا الخصوص لأنها اتجاهات تدرأ المفسد وليس فيها مايعارض نصا فى القرآن أو الحديث ومن ثم فما هو قائم حاليا من معاهدات بشأن حماية البيئة يمكن أن يندرج ضمن أحكام النظرية الإسلامية فى محاربة التلوث . وهكذا نجد أن احكام حماية البيئة من التلوث هى من المجالات التى تتكامل فيها أحكام النظريتين : الإسلامية والمعاصرة .

وتحدونى الرغبة فى الإيجاز — التى هى ديدن هذه الدراسة إلى الإمساك عن الإفاضة فى موضوع يمكن أن يستغرق دراسة واسعة ، ولذا اجتزىء بما قدمت وفاء بالغرض « وإذا تولى سعى فى الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد » (البقرة / ٢٠٥) .

صورة خاصة من التلوث : مطر السوء (المطر الحامضى) :

يرجع وجود الحموضة فى الجو إلى توافر ايونات الهيدروجين . والواقع أن المطر الذى ينزل من المعصرات ليس دائما ماء خالصا فهو يحمل من السحاب ماقد يعلق به من جزئيات صلبة ، كما تتأثر الحموضة بتوافر مواد أخرى مثل التراب والخلفات وغازات أخرى تصدر عن مصادر طبيعية مثل البراكين وحرق الغابات . كل هذا يمكن أن يشحن السحاب بتركزات تتراكم ويكون لها تأثيرها على التبيؤ المائى . ولذا فإن ما يعلق بالمطر من مواد قد يكون له اثره الطيب أو السئ على التربة وماينجم بها من زراعات . وهذا قد ينتقل عبر السحاب من دولة إلى أخرى .

والحق أن احكام القانون الدولى المعاصر فى شأن التلوث الذى يعبر الحدود من دولة إلى دولة لازالت فجوة ولا سيما فيما يتعلق بالمطر الحامضى . وكل مايمكن أن نشير اليه من وفاقاات دولية فى هذا الخصوص انما يتناول المشكلة تناولا عاما ضمن تصورات أشمل وأحكام أعم ، حال تصريح ستكلهم سنة

١٩٧٢ . ولذا فإننا نلجأ عادة للمبادئ العامة كي نقيم عليها الحكم المناسب لهذا النوع من التلوث مثل الالتزام العام بالحرص والعناية الذي يجب أن تراعيه الدول في تصرفاتها لا سيما تلك التي يمكن أن تمس مصالح غيرها من الدول وهو التزام تسأل عنه الدول بناء على ممارستها من سيادة على اقليمها . كذلك مبدأ حسن الجوار الذي يقتضي ان تتوخى الدولة اعتبار الود والمجاملة حيال الدول المجاورة وألا تسمح بأن يستخدم اقليمها على نحو يضر بجيرانها . وقد اعتمدت محكمة التحكيم ذلك المبدأ في قضية Smelter بين كندا والولايات المتحدة حيث عبر التلوث من الاجواء الكندية إلى الإقليم الأمريكي . هذا فضلا على مبدأ التضامن والقسط الذي يفرض على الدولة أن تمتنع مسبقا عما يمكن أن يتسبب في التلوث فور امكانها وعدم التراخي في اعلام الدول المعنية باحتمالات تعرضها للتلوث من هذا القبيل والتشاور والتعاون في شأنه ، كما لا ننسى في هذا الخصوص مبدأ التعسف في استعمال الحق الذي يقتضي أن نستهدف حسن النية فيما نأتيه من تصرفات حيال الغير .

والطريف أن القرآن الكريم لم يستخدم لفظة المطر الا وهي مقترنة بالسوء أما المطر الخير فقد عبر عنه الكتاب العظيم بلفظة الماء فحسب . ومن ثم فإن المطر — في تعبير التنزيل الحكيم — قد يكون بغير الماء كقوله تعالى « وأمطرنا عليهم حجارة من سجيل منضود » (هود / ٨٢) . ولذا عنونت البحث بعنوان « المطر السيء » . « وأمطرنا عليهم مطرا فساء مطر المنذرين » (الشعراء / ٧٣) . « ولقد أتوا على القرية التي أمطرت مطر السوء » (الفرقان / ٤٠) .

واجراء المطر بداهة هي قدرة من قدرات الله « وأمطرنا عليهم مطرا فانظر كيف كان عاقبة المجرمين » (الاعراف / ٨٤) .

إن قصدي من الاستشهاد بالآيات الكريمة السالفة هو اثبات الحقائق التالية :

١ — قد يكون المطر ماء وقد يكون غير ماء أو قد يكون الاثنین معا فإن كان ماء فإنه قد يكون الماء الذى جعل الله منه كل شىء حتى ، هذا يسميه القرآن «ماء» فحسب وقد يكون ماء ملوثا وهذا هو ماء السوء .

٢ — يعود سوء المطر إلى وجود عناصر تلوث الماء لانه لو كان ماء غير ملوث لاندرج تحت حكم الماء الطهور الذى يحى به الله كل شىء ، أو عناصر ليست بماء لان نزول غير الماء من السماء فى هيئة مطر لا يرتب الا الاذى لاهل الارض .

ومن ثم فإننى انتهى من ذلك إلى أن تصور المطر الحامضى — بوصف انه ماء ملوث أو هو شىء غير الماء — هو من التصورات التى يمكن أن تدرج تحت المفهوم القرآنى للمطر السىء . وأن مطر السوء هذا انما يصيب القوم بأضرار بالغة يصل سؤوها إلى حد أنها قد تكون نوعا من الجذاب الإلهى . وهكذا فإن القرآن الكريم قد عرض منذ خمسة عشر قرنا لصورة عامة يمكن أن تنصرف فى بعض جزئياتها إلى ما نطلق عليه اليوم مطر السوء الحامضى .

يبد أن القرآن الكريم عرض هذه الظاهرة الطبيعية على انها قد تقع بالقوم كعقاب الهى ونحن هنا نبحث فى الظاهرة كحقيقة زمنية والحقائق الزمنية ايضا فى مفهوم القرآن قد تكون آيات يقربها الله للناس حتى يعلموا انه الحق فهى واقع أو مثل فى صورة واقع . وهنا استخدمت الآيات ما تضمنه معنى الإصابة بالاضرار .

ان المطر السىء قد يكون سببا باراده الهية مباشرة دون تدخل بشرى أى دون أن يجعل الله للنشاط البشرى دورا مباشرا فى تلويث المطر وهذا فرض لا ابخه ولا أناقشه لأن هذا مما يدخل فى ظواهر ما وراء الطبيعة التى لا رقابة للقانون عليها ولا حساب له فيها . وقد يكون سوء المطر بفعل البشر وعندئذ يتدخل القانون لترتيب المسؤولية على الدولة المتسببة فى التلوث طبقا لشروط المسؤولية اى حدوث الفعل غير المشروع وتحقيق الضرر وقيام علاقة سببية بين الفعل والضرر ولا يهم هنا ان كان الله قد سخر الدولة المسؤولة لايقاع الضرر

بالدولة المتضررة أم ان الله تعالى .حكمة من وراء ذلك لان القانون يحكم على الظاهر والله يتولى مافى الكون من سرائر فلو أن شخصا قتل آخر فإنه انما نهى حياته فى اللحظة التى قدر الله للقتيل أن يموت ولكن المحكمة لن تعفى القاتل من المسؤولية على اساس ان اجل الإنسان هو من قدرات الله وأسراره . وهكذا الامر فى المطر السيء أو الملوث فإنه يقيم المسؤولية مادام ان التلوث قد حصل بفعل مباشر من الدولة المسئولة لان هذا بما يدخل فى حكم افساد الارض ، وقد نهى الله تعالى عن ذلك « ولا تعثوا فى الأرض مفسدين » (البقرة / ٦٠) « ولا تبغ الفساد فى الأرض ان الله لا يحب المفسدين » (القصص / ٧٧) . ومن ثم فإن الدولة التى تتسبب فى تلويث السحاب الذى أزجاه الله مطرا ضارا فى بلد آخر انما تسأل عن معقبات ذلك الضرر وهى مسؤولية موضوعية ، كما قلت ، تبنى على علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر . « فلما رأوه عارضا مستقبل أوديتهم قالوا هذا عارض ممطرنا بل هو ما استعجلتم به ريح فيها عذاب أليم » (الأحقاف / ٢٤) .

« ونزعنا مافى صدورهم من غل تجرى من تحتهم الأنهار وقالوا الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله لقد جاءت رسل ربنا بالحق ونودوا أن تلكم الجنة أورثتموها بما كنتم تعملون » .

قرآن كريم
صدق الله العظيم

